Prof. G. Borgna

DEL SILENZIO

nei negozi giuridici

CAGLIARI
TIP. G. SERRELI
1901

Al Chiarissimo
Avv. Prof. Federico Cammeo
Omaggio dell'A.

Prof. G. Borgna

DEL SILENZIO

nei negozi giuridici

CAGLIARI
TIP. G. SERRELI
1901

I.

Argomento di questo scritto. — La *regula* consacrata nel fr. 142 *De R. J.* (50,17) bisogna metterla in relazione con l'instituto dell'*interrogatio in iure* al quale appartiene. — Aforisma assoluto e diverso che da quella *regula* trasse il diritto canonico. — Formula del Winter. — Reazione del Savigny contro le generalizzazioni degli scrittori di diritto razionale. — Per il Savigny il silenzio non è consenso se non in alcuni casi eccezionali di natura affatto positiva. — Corso delle idee che, secondo l'Ehrlich, dovette seguire il Savigny prima di giungere alla sua conclusione. — La formula del Persico fu già proposta dallo Schmid, nè è più accettabile di quella del Winter. — Formule del Leonhard, del Hartmann, dello Stössel; del Dernburg ecc. — Circostanze che secondo il Ranelletti devono concorrere perchè il silenzio *semplice* possa sortire efficacia giuridica. — Osservazioni contro la teoria del Ranelletti. — Il Simoncelli dà il valore di consenso solo al silenzio *qualificato*. — Osservazioni contro la teoria del Simoncelli. — Nostra opinione. — Transizione.

Non meno elegante che controversa è la questione del silenzio in rapporto alla dichiarazione della volontà nei negozi giuridici. Il diritto canonico, trascurando di mettere in relazione la nota *regula juris*: « Qui tacet non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare » con l'istituto processuale al quale appartiene, ossia con l'*interrogatio in iure*, ne trasse un

aforisma assoluto e diverso: « Qui tacet consentire videtur » (1). Ma questa è in diritto un'esagerazione così evidentemente pericolosa, che gli stessi antichi scrittori dovevano a lungo andare studiarsi di porvi dei limiti; finirono per altro, dopo inutili sforzi, col tenersi paghi della formula proposta dal Winter: « Ubicumque silens et potuisset et debuisset loqui, ibi in suum praeiudicium siluisse videtur » (2). La formula del Winter non è ancora dimenticata, ma per verità essa lascia perfettamente insoluta la questione, perchè, come ha benissimo osservato il Persico, non dà alcuna risposta alla domanda anche troppo naturale: quando è che, *in diritto*, io *devo* parlare per evitare un danno, e quando potrò chiudermi nella più fitta taciturnità senza paura di una lite e d'un giudice ? (3).

Il Savigny, reagendo alle generalizzazioni del diritto naturale, fu il primo a nostra memoria che si facesse davvero carico d'una tale domanda; ed ecco come vi rispose: io non devo parlare se non in quei casi eccezionali di natura affatto positiva i quali pre-

---

(1) Fr. 142 *De r. i.* (50,17). Cf. Lenel, *Palingenesia,* I, c. 1073, n. 692. Girard, *Textes de dr. rom.* I, Édit du Préteur, p. 123 - 124 Keller, *Il processo civ. rom.* (trad. Filomusi-Guelfi) § 51, p. 180 e segg. — Quanto al dir. canonico vuolsi tuttavia osservare che la *regula XLIII* è corretta dalla immediatamente successiva: « Is, qui tacet, non fatetur: sed nec utique negare videtur ». — Per il caso che nel nostro diritto si deferisca un interrogatorio e l'interrogato non risponda, v. art. 218 *Cod. proc. civ.*

(2) Winter, *De silentio*, p. 6. Cfr. Burckhard, *Die zivilistischen Präsumptionen*, p. 302 e segg.

(3) V. negli Atti della R. Accademia di scienze mor. e polit. di Napoli, vol. XXII, la memoria del Persico: *Del silenzio come sorgente d'obbligazioni*, p. 20.

suppongono il dovere della dichiarazione, abbia questo la sua ragione nella particolare importanza del rapporto giuridico (specialmente nei rapporti di famiglia), o nella naturale pretesa dell'altro ad un certo rispetto, o nella connessione del silenzio con precedenti dichiarazioni di volontà. Ma *di regola* il semplice silenzio di fronte agli atti o alle domande d'un altro, non può esser considerato come assenso o concessione (1).

Il Savigny attribuì adunque a' casi da lui raccolti il carattere d'*ius singulare*: tant'è vero che giudicò inammissibile la pretesa d'accrescerne il numero con l'includervi casi analoghi. Giusta l'esatta osservazione dell'Ehrlich, il corso delle idee seguito dall'insigne capo della scuola storica dovette perciò esser questo: se il mio silenzio di fronte alla domanda o alla proposta altrui dovesse valere come adesione all'una, come accettazione dell'altra, allora ognuno, che per sè trovasse buono di rivolgermi una domanda o di farmi una proposta, avrebbe il potere di mettermi in una posizione forzata. Io cioè mi vedrei nella necessità di dover rispondere, perchè a starmene zitto sarebbe lo stesso che dir di sì. Ma si può al primo venuto dar il diritto di metter senz'altro al prossimo la pistola in petto, di costringerlo senz'altro ad una risposta ? Il diritto di non tener conto di domande e di proposte importune, non è più un diritto inerente alla nostra personalità ? (2)

---

(1) *Sistema del dir. rom.*, III, § 132 (trad. del prof. Scialoja).

(2) Ehrlich, *Die stillschweigende Willenserklärung*, p. 173 - 174 Cfr. anche Goldschmidt nella sua *Zeitschrift* I, p. 119,420. Wendt, *Reurecht*, p. 79. Mommsen, *Erörterungen* II, p. 210.

La questione rimaneva così ancora aperta, perchè si può sempre domandare se i casi dati per eccezionali dal Savigny non possano piuttosto considerarsi quali particolari applicazioni d'un principio generale. Così appunto hanno ritenuto fra noi il Cenni ed il Persico, [1] e così pure ritiene il Ranelletti, salvo che il Ranelletti non sopprime ogni indagine su l'obbligo della dichiarazione, come fa il Persico; ma prima studia i rapporti tra la volontà e la sua dichiarazione, e poi, accettata e difesa la *teoria dell'affidamento*, si spiega colla medesima il perchè dell'obbligo della dichiarazione nella parte che tace [2]. Il Persico invece si limita ad osservare che la *scientia* disposandosi alla *patientia* si trasforma da pura passività mentale in atto volitivo, e con ciò crede d'aver appieno giustificato la massima: « chi può protestare e contraddire ad un fatto e se ne astiene, lascia interpretare il suo silenzio contro di lui ». Or questa massima non è nè nuova nè vera. Non è nuova, perchè anche ammesso, come vuole il Persico, che il fatto sia tale che influisca sul diritto di chi tace, noi troviamo la sua massima già proposta dallo Schmid: « Quicumque gnarus negotii cujusdam se attingentis, facultatemque habens contradicendi, nihilominus tacet, is in idem negotium consensisse censetur ». Ma, e questo importa di più, la massima del Persico tanto meno è vera perchè a seguirla

---

(1) Il contenuto della memoria dell'avv. Enrico Cenni: « *Pei signori Forquet e Giusso contro gli eredi Monaco* » (Napoli 1886) è svolto nel già citato studio del Persico.

(2) V. in « Rivista ital. per le scienze giurid. » vol. XIII, fasc. I, pag. 3 e segg. la memoria del Ranelletti: *Il silenzio nei negozi giuridici.*

dovremmo andar oltre lo stesso Winter. Il Winter almeno, scrive qui il Simoncelli, aveva limitata la responsabilità ai casi in cui chi tace *potrebbe* e *dovrebbe* parlare; il Persico, avvertendo che restava sempre incerto quando è che si *debba in diritto* parlare, non sa togliere l'incertezza se non sopprimendo il limite del *dovere* e lasciando solo quello del *potere*. E così, per un esempio, resta inesplicabile il caso del creditore il quale, non ostante abbia lasciato senza opporsi vendere il pegno dal debitore, si presume tanto poco consenziente, che il diritto di pegno continua come per lo innanzi. Tant'è che lo Schmid considera questo caso (è il caso del fr. 8 § 15 *quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* 20,6) come eccezionale, nè certo vien fatto al Persico di conciliarlo con la sua massima [1].

Ma non sono molto più felici le altre massime o formule sinora proposte, ripiglia il Ranelletti. A seguire il Burckhard si ricasca nella teoria del Winter; è dire un bel nulla quello del Leonhard, che il silenzio vale consenso in circostanze nelle quali è escluso che si taccia per ragioni diverse dalla volontà di consentire; si trascende fino all'esagerazione ad ammettere col Fabro che il non rispondere ad una lettera equivalga ad accettarne il contenuto. Nè pure si sa vedere come in pratica si debbano presentare le cose, perchè si abbia quella loro

(1) Persico, op. cit., p. 13 e segg., e specialmente p. 24 e segg. Cfr. Schmidius, *De consensu tacito*, § 11. La memoria del Simoncelli: *Il silenzio nel diritto civile* fu inserita nei " Rendiconti „ del R. Ist. Lomb. di sc. e lett., Serie II, vol. XXX, 1897. V. pag. 4 dell'estratto.

configurazione obbiettiva che, secondo il Hartmann, sarebbe capace di creare nell'altra parte la fiducia sul consenso di chi mantiensi in silenzio. Buono è l'accenno che alcuni scrittori, come il Ricci il Massè il Vidari, fanno ora alle relazioni precedenti fra le parti, ora a quelle nelle quali la parte che tace suole per sua professione entrare co' terzi; anco più importante resta sempre l'accenno dello Schmid ad un negozio giuridico che tocchi gl'interessi pur della parte che tace. Ma siam sempre li: abbiamo pochi e sparsi elementi che ci aiuteranno a formulare il principio, ma non abbiamo ancora il principio nella sua interezza. Lo stesso criterio accolto dal Dernburg: — il silenzio è consenso quando, secondo l'opinione pubblica e specialmente secondo l'idea delle persone della stessa professione e condizione, un uomo ragionevole ed onesto avrebbe espresso una ripulsa nel caso che non fosse stato d'accordo — questo stesso criterio non può valere che come una misura od una riprova che realmente sussistono le condizioni richieste perchè il silenzio possa sortire efficacia giuridica (1).

Così, in riassunto, il Ranelletti; laonde — respinta da ultimo anche la formula dello Stössel, specialmente perchè nè pur essa determina la natura del dovere che

(1) Burckhard, op. e l. cit. Leonhard, *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen*, pag. 199 n. 3. Fabri, *Rationalia in Pandect.*, ad l. 24 de pecun. constit. 13,5. Hartmann, in *Archiv f. civil. Praxis*, vol. 72 pag. 164 e segg. Ricci, *Corso teor. prat. di dir. civ.*, VI, n. 15. Massé, *Le droit commercial*, III, p. 27 e segg. Vidari, *Corso di dir. comm.*, IV, n. 1819. Dernburg, *Preuss. Privatrecht*, I, p. 172. Cfr. *Pandekten* I, p. 223.

si trasgredirebbe tacendo [1] — si accinge ad una nuova ed accurata revisione dei testi; li mette a riscontro e li combina ingegnosamente tra loro; arriva finalmente alla conclusione che noi presentiamo in questa forma più piana:

— I casi che in ordine al silenzio ci offrono le fonti si possono distribuire in due serie: casi in cui chi tace rinunzia ad un diritto; casi in cui chi tace incorre in un obbligo. Le due serie convengono nel supporre che altri taccia dinanzi a fatti relativi alla sua sfera giuridica, mentre egli ne è edotto e potrebbe con tutta facilità protestare se non anche impedirli, come al suo posto protesterebbe qualunque uomo normale *(bonus vir)* se di volontà contraria. La differenza poi tra l'una serie e l'altra sta nella particolare natura di quei fatti. Là bisogna che contengano una negazione permanente o una ripetuta negazione transitoria del diritto di chi tace, o almeno il pericolo che il suo diritto ne resti leso; qui occorre suddistinguere ancora. Ne' rapporti tra agente e paziente una relazione deve effettivamente

(1) Secondo lo Stössel il silenzio vale consenso quando si possa influire sull'andamento delle cose che si svolgono dinanzi a noi; si abbia ad influirvi un interesse, qualunque esso sia; non ci trattenga dall'influirvi un'imperfetta conoscenza di ciò che accade. Ma fin qui non si avrebbe che una presunzione. Aggiungendosi in vece alle tre indicate condizioni la presenza all'atto; il dovere di spiegarsi; la prolungata durata del silenzio, si avrebbe una vera concludenza. V. Stössel, *Die stillschweigende Willenserklärung nach röm. R.* p. 23. — Ci si consenta una sola domanda: se uno può e deve intervenire in un atto che *davvero* lo interessa, perché se ne asterrà? Sta appunto qui il nodo della questione, come meglio vedremo a suo luogo.

sussistere, o almeno il primo deve mostrare di voler mettersi col secondo nella relazione nella quale il secondo suole per sua professione entrare cogli altri: ne' rapporti co' terzi, basta che vi sia fondato motivo a credere ad una relazione tra agente e paziente (1). —

Noi qui non possiamo indugiarci a confutare la teoria del Ranelletti: la confutazione, speriamo, risulterà dall'insieme del nostro lavoro. Ma tuttavia è bene avvertire fin d'ora che il Ranelletti parla di silenzio equivalente a *rinunzia* ad un diritto in casi ne' quali la rinunzia si desume da fatti troppo più concludenti che il silenzio non sia; come pure parla di rinunzia in altri casi nei quali è evidente che il titolare del diritto non vi ha *rinunziato,* ma ne è *decaduto:* ciò che è ben diverso, perchè mentre la rinunzia è un negozio giuridico, nella decadenza s'incorre a termini di legge, nè quindi v'è alcun bisogno d'indagare se il titolare del diritto vi abbia rinunziato o no. Egli è pur vero che nei casi compresi nella seconda serie del Ranelletti, l'obbligazione deriva il più spesso non dal silenzio, ma piuttosto dal fatto illecito di chi vorrebbe celare nel silenzio la sua frode. Questa ipotesi è anzi tanto frequente nelle fonti, che noi non abbiam creduto di doverci occupare della questione, importantissima per sè stessa, de' rapporti tra la volontà e la sua dichiarazione: in fatti nel caso di dolo

---

(1) Ranelletti, op. cit., p. 23 e segg. — Torna qui opportuno il notare come a torto si rimproveri al Ranelletti d'invocare l'analogia in materia affatto eccezionale, in quanto il Ranelletti da' casi particolari da lui esaminati fa prova di risalire ad un principio generale suscettibile di applicazioni nuove.

anche la *teoria della volontà* ne impone di stare alla dichiarazione.

Indipendentemente da tutto questo, e considerata la teoria del Ranelletti in sè stessa, cioè come una teoria non attinta alle fonti romane ma puramente razionale, non esitiamo a dire che non ostante la sua pretesa di poter coartare l'arbitrio del giudice con formule inflessibili, anzi appunto per questo, non si potrebbe tradurre in pratica senza troppa difficoltà. Giustamente per ciò il Gianturco ed il Fadda la giudicano « per quanto ingegnosa, altr'e tanto irta di sottigliezze e poco chiara ». (1)

Il Simoncelli, confutando il Ranelletti, è ritornato su le orme del Savigny. Mentre il Ranelletti sta per la *teoria dell'affidamento* il Simoncelli accetta anche per diritto civile italiano quei temperamenti che alla *teoria della volontà* hanno arrecato lo Scialoja per diritto romano, il Regelsberger per diritto tedesco (2). Nè dalla completa inazione d'una parte il Simoncelli crede sia lecito arguirne all'altra il consenso, non ostante il con-

---

(1) Gianturco, *Sistema del dir. civ. it.,* pag. 164, n. 1. *La teoria del negozio giuridico: lezioni di dir. rom. raccolte dall'avv.* L. Ferrara *nella R. Università di Napoli* (Anno 1897 - 98), p. 169. Cfr. Fadda e Bensa, Note alla traduz. del Windscheid, lib. II, p. 899 e segg.

(2) Simoncelli, op. cit. p. 8 e segg. Scialoja, *Teoria degli atti e dei negozi giuridici*, lezioni dettate nella R. Università di Roma (anno 1892 - '93), pag. 60 e segg. Com'è noto, questa trattazione costituì in Italia la base degli studi posteriori sul silenzio nei negozi giuridici. Cfr. Regelsberger *Pandekten,* I, § 140, p. 512 e segg. Alle stesse conclusioni riesce il Fadda: vedine le citate lezioni raccolte da Ferrara, p. 194 e segg.

corso delle circostanze che il Ranelletti pone a questa deduzione; nota anzi che si può seguire la *teoria dell'affidamento* senz'arrivare alle estreme conseguenze alle quali si spinge il Ranelletti (1). Il silenzio per il Simoncelli non può aver dunque mai il valore di consenso, se *semplice*; il silenzio che per lui ha questo valore è solo il *qualificato*, cioè quello mantenuto da chi poteva e doveva per legge o per precetto del magistrato parlare. Trattandosi di vincolare la libertà della persona — il Simoncelli conchiude — è bene che ciò faccia la legge: solo nel campo del commercio sarebbe dannoso negare al silenzio l'efficacia di consenso, ma gli usi commerciali, non disponendo la legge commerciale, sono legge appunto. Ogni caso invece in cui la legge civile dia al silenzio il valore di consenso vuolsi riguardare come un *ius singulare*, nè per ciò si possono oltrepassare i limiti segnati dalla legge scritta. I giureconsulti romani nel risolvere i casi che occorrono nelle fonti avranno seguito un criterio direttivo, che avrebbero potuto agevolmente estendere ad altri che la vita avesse loro presentato; ma ciò si spiega, chi rifletta che la funzione di quelli era una funzione creatrice del diritto, mentre l'interprete d'oggi è vincolato al diritto che trova fissato in quella data forma. Solo perciò una funzione legislativa può sostituirsi a quella del pretore e del giureconsulto romano (2).

---

(1) Così, p. es., il Vighi, quantunque convinto fautore della *teoria dell'affidamento,* nega recisamente che il silenzio possa valere come accettazione tacita. V. i suoi articoli inseriti nella *Temi veneta,* anno XXIV, nn. 26 e 27, e più specialmente le sue *Considerazioni intorno alla dichiarazione tacita di volontà nei contratti* p. 75 e segg.

(2) Cfr. Bonfante, *La giurisprudenza nello svolgim. del diritto.*

Noi conveniamo col Simoncelli che in molti dei casi aggiunti dal Ranelletti a quelli già raccolti dal Savigny il consenso si desume da ben altro che dal silenzio e precisamente da fatti così concludenti che talora la stessa parola non avrebbe potuto dir di più: vedasi, per un esempio, il fr. 26 *de probat.* 22,3. Aggiungiamo anzi che al leggere non pochi frammenti, spesso ci scappò detto: « Quid interest *verbis* quis voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis ? » Vero è che que' fatti ci apparivano diretti a scopi diversi da quello di manifestare il consenso; ma questi altri scopi si dimostravano così connessi con l'esistenza del consenso da lasciarne moralmente certi anche di essa (1). Ciò non ostante, anche la teoria del Simoncelli ci ha lasciato dubbiosi. Già a noi non pare che debba adottarsi una norma, qualunque essa sia, per diritto civile ed un'altra affatto *diversa* per diritto commerciale: la *bona fides* può imporsi quì, ed effettivamente s'impone, con maggiore energia; ma alla *bona fides* bisogna inspirarci anche nel campo dei meri rapporti civili. La differenza, in una parola, può esser quantitativa, non qualitativa (2). Ammettiamo pure (e come non ammetterlo ?) che non si può assurgere a principî generali da norme che rechino l'impronta d'un *ius singulare* (3). Ma appunto questo è

---

(1) Cfr. Scialoja, Lez. cit., pag. 135.

(2) Così i proff. Fadda e Bensa, note al Windscheid, l. c. V. pure le lezioni del primo raccolte dal Ferrara, pag. 171.

(3) Fr. 14, fr. 15 e fr. 16 *de legib.* 1, 3. « Le *ius singulare* était appliqué dans toute son étendue possible, mais ce n'était point un *principe productif* ». Ihering, *L'esprit du dr. rom.* I, p. 50, n. 19.

da vedere, se nelle statuizioni delle fonti in ordine al silenzio si debba ravvisare una tale impronta. Molte in vece fra esse, anzi le più importanti, ci si presentano informate ad uno stesso principio facile e chiaro, determinato e preciso. Quel principio ha poi così poco di speciale, che l'Ehrlich ha potuto facilmente rilevarne l'analogia con un principio importantissimo che ha determinato molte disposizioni di diritto moderno (1). Abbiamo detto così che le fonti ci mostrano obbligato chi tace non perchè davvero ne interpretino il silenzio come consenso, ma perchè vogliono sventare la frode che altrimenti si velerebbe del silenzio. Le statuizioni che non rientrano in questa categoria, riguardano rapporti d'ordine più elevato, come sarebbero quei di famiglia; ma anche rispetto ai rapporti di famiglia il silenzio rivela un principio che, nel suo progressivo svolgimento, doveva condurre a far riconoscere di fronte alla preponderanza della potestà paterna la libertà de' figli. In poche parole: gli effetti che le fonti ci mostrano annessi al silenzio, noi li consideriamo come effetti legali, non riconoscimento d'un vero e proprio consenso. Ma quelli effetti la legge non li ha annessi al silenzio a capriccio, a tentoni; ma sempre guidata da criteri direttivi, e sempre in armonia con la natura e con lo scopo dei diversi istituti giuridici.

Esponendo le idee degli altri su l'arduo tema, abbiam così lasciato intravvedere anche le nostre, salvo in seguito a meglio chiarirle. Ma ormai è tempo di riposare da ogni discussione astratta nello studio, certo più proficuo, delle fonti.

---

(1) Riporteremo altrove le parole dell' Erlich. Si veda intanto la conclusione della prima parte del suo lavoro, pag. 224.

II.

Il silenzio in tema di diritti reali. — Interpretazione del fr. 28 *comm. div.* 10,3. — Come debba intendersi il principio di Sabino: « *In re communi nemo dominorum iure facere quicquam invito altero potest* ». — Ogni condomino può anche *invitis ceteris* usar della cosa in conformità alla sua destinazione. — Ma non può far *in re communi* alcuna innovazione senza l'unanime consenso degli altri. — È *invitus* non solo il condomino che eserciti l'*ius prohibendi*, ma anche l'assente o ignaro. — Differenza tra il condomino *invitus* ed il condomino solo *patiens*. — Al *patiens* resta salvo il risarcimento dei danni che possa avergli arrecato l'*opus* fatto dal socio, ma deve lasciar sussistere l'*opus* stesso non avendo esercitato a tempo l'*ius prohibendi*. — Richiamo, rispetto a' vicini, al principio classico: « *In suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat* ». — Effetti della *patientia* di fronte all'*opus* con cui il vicino alteri o svii il corso naturale delle acque in modo pregiudizievole al nostro fondo. — Assoluta sentenza di Labeone in proposito ed equo temperamento arrecatole da Pomponio. Fr. 19 e fr. 20 *De aq. et aq. pluv.* 39,3. — Non si può manifestare col semplice silenzio il consenso necessario per la costituzione del pegno o dell'ipoteca. Fr. 5 § 2 *in quib. caus.* 20,2; *si aliena res* 8,15 (16). — Non si può dal silenzio del creditore arguirne la rinunzia alla *cautio in re*. C. 1 e c. 2 *de remiss. pign.* 8,25 (26). Fr. 8 §§ 12 e 15 *quib. mod.* etc. 20,6. — Il creditore ipotecario che s'astenga dal concorrere cogli altri, non *rinunzia* alla sua garanzia reale, ma ne *decade*. C. 6 e c. 8 *de remiss. pign.* — Rinvio.

Nel farci a scorrere i diversi negozi giuridici, noi ci proponiamo di rinviare i contratti all'ultima parte di questo scritto. Nè ciò per la maggiore e quasi esclusiva importanza che rispetto a' contratti assume la questione se possa darsi al silenzio il valore di consenso,

ma unicamente perchè urge prima eliminare i testi che meno hanno attinenza col nostro tema, sebbene a proposito del medesimo si trovino spesso citati. Fatta questa avvertenza, entriamo senz'altro nel campo de' diritti reali.

Fr. 28 *comm. divid.* 10,3 (PAPINIANUS, *lib.* 7 *Quaestionum*).

Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. quod si quis absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.

Il frammento rientra nella teoria del condominio, nè si può spiegarlo senza prima determinare la portata del principio al quale Papiniano si riferisce. Noi non diremo, perchè non abbiamo autorità di dirlo, che molti scrittori fraintendano quel principio; ma certo è che lo rendono male, cioè in modo da dar a credere che un condomino non possa proprio nulla permettersi su la cosa comune senza il concorde volere di tutti gli altri (1).

(1) V. Fadda, *Sul diritto di sepolcro: contributo alla teoria della comunione*. Estratto dal « Foro italiano », Anno XIV, Fasc. XXIII, pag. 14 e segg. Id., Appendice III al § 766 della trad. del Glück, vol. XI, p. 870 e segg. Id., in « Filangieri », anno 1899, N. 8, p. 541 - 544.

Ma se ciò fosse, è chiaro che l'istituto della comproprietà in pratica non potrebbe funzionare: il suo scopo ne andrebbe frustrato. E sì che a ben disciplinare qualunque istituto vuolsi sempre aver l'occhio al suo scopo pratico, conformemente al principio teleologico accentuato dallo Ihering con tanta energia! (1). In ciò, del resto, convengono gli stessi scrittori a' quali abbiamo accennato: tant'è che dopo aver allargato fuor di modo la cerchia dello *ius prohibendi*, finiscono poi con l'arretrarsi dinanzi alle conseguenze alle quali il loro principio esclusivo ed unilaterale inevitabilmente conduce. Così, p. es., è accaduto al Windscheid, come si rileva da queste sue parole: « Tuttavia questa norma non viene esplicata a rigore di logica astratta, ed in ispecie deve ogni comproprietario consentire all'altro l'uso della cosa, in quanto questa non ne resti danneggiata, nè si sminuisca il suo proprio uso ». Nè suona diversa la conclusione del Pfizer: « L'interesse dei comproprietari ripugna all'applicazione di questo principio: onde ogni comproprietario ha da essere autorizzato ad uno sfruttamento della cosa, non contraddicente alla destinazione di essa, ed equamente ispirato al rispetto dell'uguale diritto dei comproprietari » (2).

---

(1) Com'è noto, lo Ihering propugnò costantemente la teoria della formazione teleologica del diritto; per lui il diritto esiste in grazia dello scopo ed al fine di raggiungerlo. « Die Kategorie, in der das ganze Wesen des Rechts im subjektiven Sinne beschlossen ist, der *Zweckbegriff* ». Così in *Gesammelte Aufsätze*, II Bd., *Passive Wirkungen der Rechte*, p. 203.

(2) Windscheid, *Pand.* I, 6.ª ed., § 169 e n. 4 Pfizer, in Holtzendorff' s *Rechtslexikon*, II, v. *Miteigentum*. Cfr. altresì Dernburg, *Pandekt.*, I, p. 452. Hesse, *Die Rechtsverhältnisse zw. Grundstücksnachbarn*, 2.ª ed., p. 469.

Ma se è così, perchè non riconoscere subito che di riscontro all'elemento negativo costituito dall'*ius prohibendi*, l'istituto del condominio ne presenta uno positivo nello stesso suo scopo? Tanto più la cosa par piana, quanto meno s'esclude che i due elementi possano ridursi ad armonia: in fatti se nessun condomino può fare alcuna innovazione nella cosa comune a malgrado degli altri, la pretenda pure a tutti vantaggiosa; ciò non vieta che ogni condomino possa servirsi della cosa comune in conformità alla sua destinazione, anche renuenti gli altri (1). Di qui alcune conseguenze non inutili a mettere il principio di Sabino in tutta la sua luce.

Invitis ceteris, nessun condomino può edificare sul luogo comune (2). Tanto meno può gravarlo d'una servitù, all'uopo occorrendo il cumulo di tutt'i consensi. Anzi *suptili ratione* quel de' condomini che avesse già consentito potrebbe ancora, prima dell'ultimo consenso, intentar l'*a. negatoria* e così ritrarsi: tuttavia in omaggio all'*aequitas*, che è il principio animatore della vita pratica, Celso in tal caso concede al cessionario l'*exceptio doli generalis* (3). Del pari: nessun condomino può seppellir un morto nel luogo puro comune, perchè così lo renderebbe religioso; « *in commune vero sepulchrum*

(1) Quanto abbiamo esposto per diritto romano trova un perfetto riscontro nel nostro *Cod. civ.*, articoli 675 e 677. (Cfr. art. 1723, nn. 2 e 4).

(2) Fr. 11 *si serv. vind.* 8, 5; fr. 27 § 1 *De serv. praed. urb.* 8, 2.

(3) Fr. 2 *De servit.* 8, 1. Fr. 11 *De serv. praed. rust.* 8, 3. Su quest'ultimo fr. v. Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin* I., p. 248 nota 1. V. pure cit. *Lez. di dir. rom. racc. dal* Ferrara, p. 8. Cfr. p. 119.

etiam invitis ceteris licet inferre » [1]. — Or tutti questi e simili casi riescono facili a chi non riguardi il condominio da un solo punto di vista, ma sì lo abbracci nella totalità de' suoi aspetti: l'ultimo in vece tra quelli che abbiamo accennato sarebbe inesplicabile, se il diritto e l'interesse de' singoli condomini non potesse nè meno in certi limiti esplicarsi mai liberamente.

Spiegato così il principio di Sabino in modo consentaneo alla teoria della comunione, è subito intesa anche la ragione con la quale Papiniano lo conferma: *in re enim pari potior est causa prohibentis.* Ciascuno de' condomini è proprietario della cosa per la sua quota ideale: ecco il rapporto d'eguaglianza che corre tra essi; pur se uno vuole permettersi qualche iniziativa, ecco l'altro ad opporgli che nessuno è proprietario *in solidum*; ecco la prevalenza del *prohibens.* E qui badisi. O che il condomino espressamente vieti; o che sia assente; o che non s'opponga al fatto del socio per non saperne nulla, fa tutt'uno: il condomino è sempre *invitus*, e

---

(1) Fr. 6 § 4 *de r. d.* 1, 8 (Cfr. *Inst.* II, 1, 9). Fr. 6 § 6 *comm. div.* 10, 3. Checchè ne dica l'Eisele, anche questo fr. pone in antitesi il *sepulchrum* comune col *locus purus* comune, e in ordine a quello afferma, in ordine a questo nega lo *ius mortuum inferendi in solidum.* Cfr. Eisele, in *Arch. f. civ. Pr.* LXIII, 47. Fr. 6, fr. 41, fr. 43 *De religiosis*, 11, 7. Fr. 39 *pro socio* 17,2. Per l'interpretazione di tutti questi passi, v. Fadda, *Sul dir. di sepolcro*, p. 6 e segg. — In applicazione de' principî esposti nel testo è stata recentemente confermata la sentenza con la quale la Corte d'Appello di Napoli, in data 29 dicembre 1899, decise che « il condomino di una casa può opporsi all'impianto d'un ascensore in quanto il medesimo importi una innovazione nel cortile e nella scala ». Per l'intiero svolgimento della causa, v. le sentenze riferite in *Filangieri*, anno 1899, p. 541; anno 1900, p. 297; anno 1901, p. 601.

può benissimo costringere il socio a togliere ciò che *ad laesionem eius* abbia fatto di nuovo nella cosa comune. Nè occorre fermarci su le parole *ad laesionem eius*, perchè è chiaro che se l'innovazione fosse insignificante, mancherebbe quell'interesse che solo può legittimare un'azione. *Point d'intérêt, point d'action* (1). — Ma se *invitus* è anche il condomino assente o ignaro, dovrà dirsi tale anche quello che dinanzi al fatto del socio serba un contegno passivo? Qui sta il punto.

Senza dubbio, risponde il Simoncelli; ed ecco com'egli ragiona: È si poco vero che il silenzio del condomino sia tenuto qui come consenso, che gli è data poi l'azione per l'indennità. Che diritto s'avrebbe a pretendere l'indennità, se si fosse consentita l'innovazione? Oltre a ciò, il Simoncelli continua, tra il seguito della legge *(sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem)* e la prima sua parte corre un vero contrapposto: qua consenso e carenza d'azione per danni; là mancanza di consenso ed azione di danni (2).

Noi siamo perfettamente d'accordo col Simoncelli, ma non ci dissimuliamo che ci si potrebbe muovere

---

(1) Fr. 8 § 6 *Mandati* 17,1. Fr. 32 *Locati* 19,2. Cfr. art. 36 *Cod. proc. civ.*

(2) Simoncelli, *Trattato delle locazioni*, n. 69. — Mal si comprende come il Simoncelli non ragioni allo stesso modo riguardo al caso previsto nell'art. 452 del nostro *Cod. civ.* Se il silenzio del vicino valesse in quel caso consenso come afferma il Simoncelli come potrebb'egli ottenere il doppio valore della superficie perduta, oltre al risarcimento dei danni?... Abbia il vicino consentito o no, certo è tuttavia che non s'è valso del diritto concessogli dalla legge di denunziare la nuova opera a lui dannosa. Il caso è adunque perfettamente analogo a quello contemplato nel testo, salvo che qui entra anche in conto il riguardo all'edifizio ed alla buona fede del costruttore. Cfr. Vighi, *Dichiaraz. tac. di volontà*, p. 103 - 104.

quest'obbiezione: là azione sì di danni, ma non ostante questo, anzi appunto per questo non mancanza assoluta di consenso. Il condomino che, pur potendosi opporre all'innovazione del socio, ha tralasciato di farlo, s'è messo sempre in una posizione svantaggiosa; tant'è che ormai deve rispettarne l'*opus*. [1] Sarà dunque meglio conchiudere col Cuiacio: « Praesentem esse et tacere est medium quiddam inter consensum et dissensum; ergo quasi non consenserit, non negatur ei actio communi dividundo damni sarciendi causa; et rursus quasi consenserit, non permittitur ei, ut cogat socium tollere quod fecit » [2].

Rispondiamo. La legge regolando i rapporti tra' condomini, concede anche a quello tra essi che ha la porzione minima l'*ius prohibendi;* laonde dice il Dernburg che il centro di gravità si trova qui dalla parte del diritto individuale, nel senso che uno solo può impedire in molti casi l'attuazione della volontà degli altri [3]. Ma se il singolo non s'oppone, se lascia che gli altri facciano, di chi la colpa ? La legge non sta qui ad indagare se egli, tacendo, abbia acconsentito o no; ammette anzi

---

(1) Insieme col fr. 28 *comm. divid.* 10,3, l'Ehrlich (*op. cit.*, pag. 240 - 241) cita anche il fr. 3 *de mort. infer.* 11,8, molto opportunamente notando riguardo a quest'ultimo: « Ausschliesslich in religiösen Motiven können diese Bestimmungen unmöglich wurzeln, da sonst die Ausnahme für den Fall des Nichtwissens des Eigenthümers des Gebäudes unverständlich wäre; man hat offenbar angenommen, dass der Eigenthümer sich durch Unterlassung jedes Widerspruchs präjudizirt habe ».

(2) Cuiacii, *Commentar. in Lib. VII Quaest. Papin.* ad h. l., c. 136.

(3) Dernburg, *Pandekt.*, I, § 196, p. 451.

che non abbia acconsentito: tant'è vero che gli dà l'azione pei danni. Ma comunque si voglia interpretare il suo contegno, il fatto sta che egli non s'è valso del rimedio efficacissimo dalla legge concessogli, non ha cioè esercitato quando ne era a tempo l'*ius prohibendi*. È dunque ben giusto che condotto ormai a termine l'*opus*, la legge gli vieti di poterlo far abbattere, dichiarandolo decaduto dal suo diritto (1).

Analogo al caso ora risoluto, è quello che ci facciamo ad esaminare. Infatti si sostiene che come tra condomini, così anche tra vicini il silenzio possa equivalere ad una vera e propria dichiarazione di volontà, argomentando da questi frammenti di Pomponio·

Fr. 19 *De aqua et aquae pluv. arc. 39,3.* (POMPONIUS, *lib. 14 ad Quintum Mucium).*

Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae.

Fr. 20 *ivi* (ID, *lib. 34 ad Sabinum).*

Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit: nulla enim voluntas errantis est. (2).

Per diritto classico ognuno può fare nel suo e del suo quel che gli pare e piace, nuoccia o meno l'o-

(1) Anche il Bonfante invoca al riguardo *la logica stessa dell'istituto,* senza punto dar al silenzio del condomino il valore d'un vero consenso. Cfr. il suo scritto *Il silenzio nella conclus. dei contratti:* estratto dal « Foro italiano », Anno XXV, Fasc. VIII, p. 9.

(2) Su questi frammenti, v. Hartmann in *Arch. f. civ. Pr.* LXXII, 187. Ci duole non se ne sia occupato il Di Marzo nei suoi bellissimi *Saggi critici sui libri di Pomponio " Ad Quintum Mucium "* II, p. 82 - 83.

pera sua al vicino: limite del suo diritto è solo il diritto altrui: « In suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat » (1). Per la qual cosa il proprietario superiore può ben ritenere quant'acqua piovana può; — recidere le vene che alimentano la fonte del vicino, aprendo p. es. un pozzo nel proprio fondo; — piegare a nuovo corso un torrente che potrebbe fornire al vicino l'acqua necessaria all'irrigazione, e così vai discorrendo (2). Ma, in conformità appunto al principio ricordato, non può certo sviare od alterare il corso naturale delle acque in modo nocevole al fondo inferiore; altrimenti il proprietario di questo ben può intentargli contro l'*actio aquae pluviae arcendae* (3).

Or ecco il dubbio: il caso nostro si riferisce appunto ad una *immissio:* il proprietario superiore trascorre oltre i termini del suo dominio: la lesione del diritto altrui par manifesta. Per effetto dell'opera compiuta dal proprietario del fondo superiore, avviene in fatti che da questo l'acqua cada nel fondo sottoposto con più grande impeto od in maggior copia che non vorrebbe il naturale pendio. Ciò non ostante, Labeone

---

(1) Fr. 8 § 5 *si serv. vindic.* 8,5.

(2) Fr. 1 §§ 11,12; fr. 2 § 9 h. t. Per le interpolazioni sofferte da questi frammenti, v. Perozzi, *Il divieto d'atti d'emulazione ed il regime giustinianeo delle acque private*, in « Archiv. Giuridico » vol. 53, pag. 350 e segg. Cfr. anche Di Marzo op. cit., II, p. 112 - 113. Le interpolazioni messe in rilievo dal Perozzi si spiegano col largo spirito di socialità che aleggia nella legislazione giustinianea. Nello stesso senso, v. pure Riccobono, *La destinazione del padre di famiglia* etc. in « Riv. ital. per le sc. giuridiche » vol XXI, fasc. 3, pag. 380 e segg.

(3) Fr. 1 h. t. — Cfr. *Cod. civ. it.*, art. 536.

nega recisamente l'*a. a. pluv.* al proprietario inferiore. Resta adunque che noi indaghiamo il motivo di questa decisione che pare in urto co' principii.

Il motivo per noi è abbastanza semplice. Noi non diciamo, come i più: in tanto il *patiens* non puó più intentare l'*a. aq. pluv.*, in quanto il suo contegno passivo non si puó altrimenti interpretare che come assenso. Ma non diciamo nè meno, come farebbe il Simoncelli: in tanto il *patiens* non puó più agire per ottenere la reintegrazione delle cose nello stato primiero in quanto ha dovuto dare al vicino il permesso di costruire l'*opus* (1). Ogni indagine sul consenso del *patiens* é per noi perfettamente oziosa anche qui. L'*a. aq. pluv.* non mira certo a proteggere i proprietari negligenti: tant'é che in ordine ai danni si puó ottenere con essa

---

(1) L'opinione del Simoncelli merita un cenno speciale. Egli fa l'ipotesi inversa alla nostra, da poi che parla di *rinunzia ad un diritto tanto simile ad una servitù.* Cfr. per entrambe fr. 1 § 13 h. t. Or notisi: l'*ager inferior* ha sì l'incomodo di dover ricevere le acque, ma ha in compenso il vantaggio di arricchirsi d'ogni *pinguitudo terrae* del fondo superiore (fr. cit. § 23). Finchè si rispettino le condizioni nelle quali la natura ha posto i due fondi, non c'è adunque servitù. Quando poi uno dei due proprietari mediante un *opus* le alteri, allora l'elemento subbiettivo si manifesta e s'impone: l'*a. aq. pluv.* ha un carattere spiccatamente obbligatorio (fr. 6 § 5 h. t.). Così stando le cose, i due casi contemplati nel fr. 1 § 17 h. t. non sono analoghi ma diversi: dall'uno non si può conchiudere all'altro. In breve: Labeone si pronunciò contro l'inerzia del vicino, appunto perchè doveva decidere la questione dal puro lato subbiettivo. D'accordo sul valore del *permisero* nel fr. 8. *quemadm. serv.* (8,6), in quanto « invitum in servitutibus accipere debemus non eum qui contradicit, sed eum qui non consentit ». (Fr. 5 *de serv. praed. urb.* 8,2). Se non che abbiamo già fatto intendere che qui bisogna far astrazione da ogni idea di servitù. Cfr. Simoncelli, *Il silenzio nel dir. civ.*, p. 20.

solo il risarcimento di quelli prodotti dopo la contestazione della lite (1). Ora il *patiens*, nel caso supposto da Labeone, s' è mostrato negligente anche troppo: egli, pur pienamente consapevole del guasto che l'*opus* avrebbe recato al suo fondo, non ha sollevato alcuna protesta, mentre gli sarebbe stato agevole interromperne subito la continuazione e premunirsi contro i futuri danni mediante la *operis novi nunciatio* (2). Nulla adunque di più naturale che la legge lo obblighi a scontare il fio della sua negligenza, senza punto preoccuparsi se egli abbia inteso o no d'autorizzare il vicino alla costruzione dell'*opus*.

Ma ciò non vuol dire che il *patiens* non possa ancora difendersi, non possa cioè dimostrare che la sua tolleranza non gli può essere ascritta a colpa. Pomponio previde appunto il caso, e conseguentemente fu tratto ad arrecare all'assoluta sentenza di Labeone un temperamento conforme alla natura stessa dell'*a. aq. pluv.* la quale — compresa com'è tra le arbitrarie — lascia pur molto al savio apprezzamento del giudice (3). Non che adunque negare al *patiens* immune da colpa l'*a. aq. pluv.*, gli si deve anzi concedere anche l'*interdictum quod vi aut clam;* e così egli può ottenere persino il risarcimento dei danni anteriori alla contestazione della lite

(1) Fr. 6 §§ 6 e 7 h. t.

(2) Cfr. Voet, *Ad Pandect.*, XXXIX, 3 n. 3.

(3) Serafini, *Istituz.* 7.ª ed., p. 252. Cfr. Girard, *Manuel élémentaire de dr. rom.*, Deux. édit., p. 614, n. 4 ed i testi ivi cit. Con speciale riguardo al correttivo recato da Pomponio al principio di Labeone, v. pure Pothier, *Appendice au Traité de société*, num. 238.

per cui quell'*actio* gli vien concessa. [1]. Ma se la legge si mostra favorevole verso chi nulla ha da rimproverarsi, non può d'altro lato non esser severa con chi più che di longanimità, dia prova di colpevole negligenza. Il fr. 19 *De aq. et aq. pluv.* segna per tanto un nuovo caso non di *rinunzia* al diritto, ma di *decadenza* da esso [2].

Non di decadenza nè di rinunzia è lecito però oggi parlare, quand'anche, p. es., si tolleri che il proprietario inferiore innalzi un muro per impedire che le acque piovane scolino nel suo fondo. Una sentenza, è vero, ha riconosciuto in tal caso una rinunzia tacita da parte del proprietario superiore alla servitù legale derivante dalla situazione de' luoghi; c'è pure scrittori i quali credono che tacitamente si possa rinunziare alle servitù prediali in genere. Ma tutto ciò in urto manifesto col sistema del nostro Codice: l'art. 1314 n. 2 e 3 impone sotto pena di nullità, e quindi non *tantum ad probationem*, che la volontà di rinunziare alle servitù prediali risulti almeno da scrittura [3].

---

(1) Fr. 14 § 8 h. t.

(2) V. pure fr. 13 § 7 *de damno inf.* 39,2. Sostanzialmente eguale alla nostra ci pare la conclusione alla quale riesce l'Ehrlich; notisi questo passo: « Es ist unmöglich, in diesen Quellenentscheidungen nichts als Singularitäten zu sehen, wie dies Burckhard thut: man muss in ihnen vielmehr den Ausdruck eines allgemeinen Prinzips erblicken, dass derjenige, der zusieht, wie durch einen Bau in seine Rechtssphäre eingegriffen wird, das Recht verwirkt die Wiederhersterllung des früheren Zustandes zu fordern, falls er sich gegen den Bau nicht rechtzeitig verwahrt. ». O. c., p. 241.

(3) Così per quelli tra' nostri scrittori che seguono la dottrina francese (cfr. Zachariae, 6 ed., II, § 255, n. 2), come per la sentenza alla quale s'è alluso nel testo, v. Fadda e Bensa,

Ed ora, se dal diritto di proprietà rivolgiamo il pensiero a' *singula iura in re aliena*, è naturale che esso subito si soffermi sul pegno: una semplice convenzione basta in fatti a costituire il diritto reale di garanzia, e certo vi si può rinunziare anche tacitamente. Ma quanto è del primo punto, i testi che per taluno proverebbero come si possa anche col solo silenzio dare in certe circostanze il consenso necessario alla costituzione del pegno o dell'ipoteca, provano sino all'evidenza tutt'altro. E valga il vero: il fr. 5 § 2 *in quib. caus. pign. tac. contrah.* (20,2) suppone che un debitore abbia dato in pegno al suo creditore delle cose spettanti ad un terzo.

Note alla traduz. del Windscheid, lib. II, n. 20, p. 865 e segg. — Ma se il proprietario del fondo servente per un errore scusabile, ed a saputa e senza alcuna opposizione del proprietario del fondo dominante, facesse qualche *opus* contrario al contenuto della servitù, sarebbe equo che il secondo potesse anche in questo caso costringere il primo a levar *sumptibus suis* la costruzione? Lo Ihering ha brillantemente sostenuto che no, ed a lui s'è unito il Dernburg, mentre in senso contrario s'è pronunciato il Burckhard. Ma le costituzioni 5 e 9 *de serv. et aq.* (3,34) nulla provano a favore di quest'ultimo; anzi dal confronto della c. 9 con la 8 *eod.* si può efficacemente argomentare contro di lui. Nel senso dello Ihering e del Dernburg, per dir. rom. ci si può riferire al fr. 6 § 7 *de aq. et a. pluv.* (39,3) ed anche al fr. 5 § 2 *de doli mali et m. exc.* (44,4); per diritto civile, più che all'art. 1151 (cfr. Persico, o. c., p. 18), ci riferiamo direttamente all'art. 450. Quest'ultimo art. in fatti stabilisce anzitutto il principio che il proprietario, abbia pur visto e taciuto, ha diritto d'obbligare chi abbia fatto in mala fede costruzioni e piantagioni nel fondo di lui, a levarle; ma nell'ultima sua parte non manca di rendere il dovuto omaggio alla buona fede del terzo. Perchè non le si dovrebbe avere alcun riguardo nel caso or supposto? Cfr. Ihering ne' suoi *Iahrbüchern* VI, p. 99 e segg. (*Gesammelte Aufsätze* p. 88 e segg.) Dernburg, *Pand.* § 232, n. 27; § 285, n. 16. Glück-Burckhard, serie dei libri 39 e 40, I, p. 309; III, pag. 312.

Or se il terzo fa fideiussione pel debito a garanzia del quale fu costituito il pegno, *bellissime intelligitur*, dice il giureconsulto del terzo, *hoc ipso quod fideiubeat quodammodo mandare res suas esse obligatas*. Non trattasi adunque d'altro che della ratifica seguita tacitamente per l'atto, d'indiscutibile concludenza, della fideiussione del terzo (1). Nell'altro testo, cioè nella c. 2 *si aliena res pign. data sit*, 8,15 [16], è poi esplicitamente detto che se la cosa del terzo resta vincolata, ciò avviene non perchè s'interpreti il silenzio del terzo come consenso, ma perchè egli ha taciuto per trarre in inganno il creditore; e così (aggiungiamo noi) per favorire il debitore senza incorrere in nessuna responsabilità per conto proprio. Possiamo adunque procedere senz'altro alla ricerca se almeno non si possa dal silenzio del creditore arguirne talvolta la rinunzia alla garanzia reale.

Per l'affermativa nulla prova la c. 1 *de remiss. pign.* 8,25 [26] evidentemente inspirata al *favor libertatis:* tant'è che la c. immediatamente successiva, riferendosi ad altra *res* che non sia uno schiavo, dice che la garanzia reale non va perduta se non pel creditore che autorizzi il debitore a vendere la cosa oppignorata: « Si probaveris te fundum mercatum possessionemque eius tibi traditam sciente et consentiente ea, quae sibi eum a venditore obligatum dicit, eam exceptione removebis, nam obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur ». (Cfr. fr. 8 § 12 *quib. mod. pign. solv.* 20,6). Nè il consenso di cui è parola in questa costituzione si può

(1) Dernburg, *Das Pfandrecht,* I, pagg. 188, 189.

ridurlo a' minimi termini del silenzio, chè ogni sforzo in questo senso tornerebbe inutile di fronte all'esplicito insegnamento di Marciano:

Fr. 8 § 15 *quib. mod.* etc. 20,6 (MARCIANUS, *lib. sing. ad form. hypoth).*

Non videtur autem consensisse creditor, si sciente eo debitor rem vendiderit, cum ideo passus est veniri, quod sciebat ubique pignus sibi durare. sed si subscripserit forte in tabulis emptionis, consensisse videtur, nisi manifeste appareat deceptum esse. quod observare oportet et si sine scriptis consenserit.

Non si potrebbe esser più chiari. Il creditore è ben consapevole dell'alienazione, e tuttavia conserva il suo diritto quand' anche la lasci compiere senza per nulla opporvisi. Vero è che ci si può obbiettare che il silenzio non ha qui quell'univocità di significato che sarebbe richiesta per potergli dare il valore di consenso, argomentando da ciò che dice lo stesso Marciano: che il creditore lascia vendere solo perchè sa che ciò non può recar danno al suo diritto, il quale grava la cosa in mano di qualunque possessore [1]. Ma è pur verissimo che nè meno qui si saprebbe trovar modo di innalzare il silenzio al livello d'una dichiarazione tacita, senza rompere appunto il silenzio: tant' è che la stessa sottoscrizione apposta dal creditore all'atto di vendita ne proverebbe appena, osserva Marciano, la volontà di rinunziare alla garanzia reale. Siamo invero sempre nel campo delle probabilità, ma le probabilità per una parte

(1) Glück-Ascoli, lib. XX, tit. VI. § 1104, pag. 448.

non autorizzano alcuno a misconoscere il diritto certo dell'altra. Bisogna adunque che ogni incertezza svanisca, come nel caso già visto che il creditore acconsenta esplicitamente alla vendita; ma allora anche il silenzio svanisce. Le quali cose giova ricordare anche oggi, perchè sebbene tra noi si ammetta meno difficilmente che non in Francia la possibilità di rinunziare tacitamente all'ipoteca, resta pur sempre fermo che all'uopo richiedonsi fatti tali, che alla coscienza de' giudici valgano ad imporsi con tutta la forza dell'evidenza (1).

Ma la funzione del diritto è sociale, come ha ben dimostrato lo stesso Ranelletti, ed è nell'ambiente sociale che il diritto si svolge (2). Ciò val quanto dire che ogni diritto, e quindi anche quel di pegno o d'ipoteca, deve avere i suoi limiti. Se dunque il creditore non fa valere il suo diritto quando deve farlo valere, è troppo giusto che ne decada: sarebbe in fatti ben strano che la sua indolenza potesse risolversi in un danno per i terzi. Anche a chiedere ad un profano che ne sia del creditore il quale non concorra cogli altri per pigliare il suo posto nella graduatoria, è certo che ci risponderà: il creditore è *decaduto*. Non si capisce

---

(1) *Cod. civ. it.*, art. 2029, n.° 3. I traduttori del Windscheid (op. e l. c., n. 24, p. 869 e segg.) rammentano in proposito il caso dell'art. 834 capov. 3:° *Cod. comm.*: il creditore ipotecario il quale voti nel concordato senza fare alcuna restrizione s'intende con ciò che rinunzi all'ipoteca per l'intiero credito. Ma qui ben nota il Simoncelli: « È sempre nn *fatto*, non il semplice silenzio ». *Il silenzio nel dir. civ.*, p. 22.

(2) Il Ranelletti piglia in fatti le mosse dalla giustificazione della obbligatorietà dei contratti, nè dice con Terenzio come fa la teoria dominante: *coactus tua voluntate es*, ma ne ritrova il fondamento nella loro *necessità sociale*. O. c., p. 4 e segg.

perciò come si possa parlare di rinunzia a proposito delle due costituzioni seguenti:

C 6 *de remiss. pign.* 8,25 [26]. (*Impp.* DIOCLETIANUS *et* MAXIMIANUS *A A. Argio*).

Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programmate admoniti creditores, cum præsentes essent, ius suum exsecuti non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse.

C. 8 *ivi* (IDEM *AA. Apollonio*).

Si hypothecas fisco distrahente creditores silentio tradiderunt negotium, palam est actionem suam amisisse eos quam in rem habebant. nam fiscalis hastae fides facile convelli non debet.

Supponiamo: un creditore posteriore, *ordinis errore ductus* come direbbe Papiniano, procede alla vendita del fondo ipotecato, ma non senza aver prima chiamato a concorso gli altri creditori mediante pubblici annunzi (1). Supponiamo ancora: il fisco, p. es. per debito d'imposte, vende al pubblico incanto alcune sue ipoteche. I due casi contemplati nelle costituzioni riferite sono adunque analoghi, e l'analogia vie più s'accentua per la circostanza che come là i creditori anteriori a quel che procede alla vendita, così quelli che potrebbero qui esser soddisfatti dopo il fisco se ne stanno egualmente inerti. Indi la decisione eguale per entrambi i casi, salvo che rispetto al secondo suona più recisa *nam fiscalis hastae fides facile convelli non debet*: la *cautio in re* va per tutti i creditori inerti irremissibilmente perduta.

---

(1) Fr. 1, *de distr. pign.* 20,5.

In conclusione: noi non abbiam visto sinora alcun caso in cui il semplice silenzio abbia valso rinunzia ad un diritto, se pure non si vuol dare il nome di silenzio al fatto di chi trascura d'esercitare i suoi diritti nei modi indicati e dentro i termini fissati dalla legge. Ma allora si è in caso di decadenza, nè occorre ripeterci: non pure è superfluo, come scrive anche l'Unger, ma è a dirittura da respingere il far figurare in tal caso la perdita del diritto come voluta dal titolare (1). Sempre nella riserva di studiare la nostra questione in ordine al diritto delle obbligazioni nell'ultima parte di questo scritto, facciamoci intanto a studiarla di fronte al diritto di famiglia.

---

(1) Unger *Oesterr. Priv. Recht,* II, § 94, n. 37, p. 187.

III.

Il silenzio nel campo de' diritti di famiglia sebbene non si possa confondere con l'esplicito consenso, è tuttavia ammesso come un necessario contemperamento tra l'assolutismo del *pater familias* e la libertà de' figliuoli. Fr. 7 § 1; fr. 12 *De spons.* 23,1. — Conseguenze. — La figlia del pazzo può anche per diritto classico contrarre matrimonio. C. 25 *de nuptiis* 5,4. — Non si può misconoscere il figlio nato da un matrimonio di fronte al quale il *pater familias* siasi mantenuto in silenzio. C. 5 *ivi.* — Il padre può da solo ripetere la dote della figlia, se costei non gli si oppone. Fr. 2 § 2 *sol. matrim.* 24,3. — *Filius familias invitus emancipari non cogitur.* — Nei casi contemplati dal fr. 25 pr. *de adopt. et de emancip.* (1,7) e dalla c. 1 *de patr. potest.* (8,47) lo scioglimento dello *ius patriae potestatis* non ripete la sua cagione dal tacito consenso del padre. — Silenzio del padre di fronte alla nomina a decurione del figlio. Fr. 2 pr. *ad municip.* 50,1. — Il silenzio non può sostituire il consenso nè meno nelle donazioni tra congiunti od affini. Fr. 38 § 1 *De don. int. vir. et ux.* 24,1. — Riconosca o no la sua paternità, il marito è sempre responsabile del silenzio opposto alla denunzia fattagli dalla moglie a termini del *S. C. Planciano.* Fr. 1 § 4 *de agnosc. vel al. lib.* 25,3.

Nella costituzione patriarcale più antica e rude, il matrimonio si conchiude senza il consenso degli sposi, tra' padri che li hanno in potestà (1). Un tal carattere del matrimonio fu certo comune per buon tratto, ed

(1) Cfr. Post, *Studien zur Entwickelungsgesch. d. Familienrechts.*

in date condizioni di civiltà, a tutt' i popoli costituitisi patriarcalmente; nè noi crediamo che Roma, come prima apparve nella storia, incominciasse tosto a far conto della volontà dei figliuoli. Ad ogni modo, e senza risalire tanto in là, il principio classico è certo questo: « Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt ». (Fr. 23, *de ritu nupt.* 23, 2). Ma com'è naturale, non sempre poteva aversi tanto agevolmente l'unanimità dei consensi. Bisognava adunque in tali casi serbar integro per quanto era possibile il concetto della potestà paterna, senza d'altro lato offendere la libertà di scelta così necessaria in fatto di matrimonio. Voleva, p. es, il padre destinar la figlia in moglie ad uno che a lei non garbava? In omaggio alla libertà di lei si richiedeva che ella almeno non opponesse un aperto rifiuto. Voleva in vece la figliuola unirsi a tale che non riusciva troppo accetto al padre? L'ossequio dovuto alla patria potestà imponeva che il matrimonio non fosse valido, se il padre non si tratteneva almeno dal dissentire. Di qui si scorge che nei casi di silenzio che relativamente al diritto di famiglia ci presentano le fonti non trattasi veramente d'altro che di restringere il consenso, nelle origini il solo essenziale, del padre, e di non escludere mai del tutto il consenso, nelle origini non richiesto, dei figliuoli (1). Resta così

(1) Il Bonfante invece in ordine al matrimonio ritiene che i giureconsulti dessero a dirittura la prevalenza al consenso dei figli su quello de' padri: « ... Ma una serie di condizioni occorrono anche alla validità delle nozze. Anzitutto il consenso del *pater familias;* nelle origini il solo essenziale, in appresso, passato in seconda linea,

provato che nè meno qui si può parlare di silenzio in funzione di consenso chiaro, aperto, deciso.

Fatte queste semplici considerazioni, riescono subito chiari i due frammenti seguenti che in ordine agli sponsali riproducono con la più grande evidenza le due ipotesi poco fa da noi supposte:

Fr. 7 § 1 *De spons.* 23, 1. (PAULUS, *lib. 35 ad Edict).*

In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit.

Fr. 12 *ivi.* (ULPIANUS, *lib. sing. de sponsalibus).*

Sed quae (filiafamilias) patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur. § 1. Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat.

È tutt'altro che credibile che Ulpiano restringesse tanto la libertà della figlia da non concederle di dissentire dal padre, salvo che questi si facesse a proporle uno sposo di sregolati costumi o turpe a dirittura. (1) Ma checchè sia di ciò, quel che a noi preme rilevare è questo:

---

tantochè s'intendeva consenso il mero silenzio, cioè il non opporsi alle nozze: esempio di ciò che poteva la giurisprudenza romana, nè potrebbe la nostra nel campo del diritto privato ». *Diritto romano,* pag. 191. V. dello stesso A. lo scritto già cit. *Il silenzio nella conclus. dei contratti:* poche pagine, ma che presentano la questione sotto un aspetto nuovo, e per noi fondamentalmente anche vero rispetto al diritto di famiglia.

(1) Bonfante, art. cit., p. 7. Cfr. Brugi, *Istituz.*, II, § 108, p. 232. Quanto al figlio, v. fr. 13 *eod.* « Filiofamilias dissentiente, sponsalia nomine eius fieri non possunt ».

che gli stessi giureconsulti non potevano dar al *non contradicere* il valore di consenso nel tecnico significato della parola. La prova se ne ha nello stesso frammento trascritto per ultimo. Una giovinetta in quel caso può benissimo tacere non perchè trovisi d'accordo col padre, ma perchè trattenuta dal dissentirne dal timore riverenziale [1]. La cosa riesce tanto più evidente, in quanto gli sponsali talora erano conclusi dagli aventi potestà sui fidanzati, quando costoro erano ancora fanciulli. Una iscrizione, p. es., fa memoria d'una fidanzata non ancora decenne; Modestino anzi aggiunge che si poteva benissimo esser sposi a sette anni [2].

Riconosciuta ad ogni modo la necessità così di rispettare la volontà dei figli almeno nei modesti limiti del non dissenso, come di ridurre nella stessa misura la preponderanza della volontà paterna, è bello il vedere come i giureconsulti elaborino un concetto così semplice com'è quello del *non contradicere*, e ne traggano conseguenze nuove ed inaspettate. Ricordiamone alcune.

---

(1) Così anche il Fadda: « L'assenso presunto, quando la figlia tace, non può spiegarsi che storicamente; ricordando cioè il rigore dell'antica podestà patria, così assoluta e così assorbente che gli sponsali dei figli erano conchiusi per via di *stipulationes* dai genitori stessi ». Vedine le cit. *Lez.* raccolte dal Ferrara, p. 166.

(2) Pauli *Sent.*, II, 19,1. Modestinus fr. 14 *de spons.* 23,1. « In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis: quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt; si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est, si non sint minores, quam septem annis ». Quanto all'iscrizione alla quale s'è accennato nel testo, v. Costa, *Corso di storia del dir. rom.* I, p. 261. — Il cod. civ. richiede anche per gli sponsali certe forme speciali perchè ne sorgano effetti civili (art. 54).

Il pazzo non puó certo consentire, e quindi doveva nascere, come effettivamente nacque, la questione se i figliuoli del pazzo potessero contrarre matrimonio. Relativamente alla figlia del pazzo, bastó a' giureconsulti applicare alla lettera il *non contradicere* per risolvere la questione nel modo voluto da ragioni troppo evidenti di necessità sociale perchè sia il caso di rilevarle. Non fu invece possibile mettersi d'accordo su l'ammissibilitá del matrimonio del figliuolo del pazzo, ma non per altro se non perchè non si poteva accrescere la famiglia del capo delle persone che potevano nascere da un matrimonio che egli, se *compos sui*, avrebbe forse disapprovato. Fu perció necessario che Giustiniano in una sua costituzione permettesse il matrimonio al figliuolo del pazzo non meno che alla figliuola purchè in presenza del curatore e dei parenti più notabili del padre loro facessero accettare la persona che volevano sposare, e regolare la dote, e la donazione nuziale dal Prefetto della città in Costantinopoli, e dal Preside o dal Vescovo della città nelle province (1).

Altra applicazione. Un figliuolo contrae matrimonio all'insaputa del padre, ma poi costui ne è informato e tace. Perduto il marito, la vedova teme che l'avolo non misconosca il nipote. Ma l'imperatore la rassicura

---

(1) Pr. Inst. *de nuptiis,* 1,10. C. 25 *de nuptiis* 5,4 « Pour le fils les avis des jurisconsultes étaient partagés, et cela parce que le mariage de la fille ne pouvait jamais donner au chef de nouveaux membres dans sa famille, tandis que le mariage du fils devait lui amener tous les enfants qui en naîtraient ». Ortolan, *Expl. histor. des Inst.,* I, n° 105, p. 86. Cfr. Di Marzo, *Le quinquaginta decisiones di Giustiniano*, p. 6.

non perchè interpreti il silenzio serbato dal padre del defunto come consenso, ma perchè ormai è accettato che il matrimonio d'un figlio è valido se il padre s'è ristretto solo a non dissentire.

C. 5 *de nuptiis*, 5, 4. *(Imp.* ALEXANDER *A. Maximae).*

Si, ut proponis, pater quondam mariti tui, in cuius fuit potestate, cognitis nuptiis vestris non contradixit, vereri non debes, nepotem suum ne non agnoscat (1).

L'applicazione del *non contradicere* più ingegnosa fra tutte è però quella che ne fece Giuliano all'esperimento dell' *actio rei uxoriae* da parte del solo padre. Noi non abbiam qui da rintracciare l'origine di quest'azione nè da studiarne la singolare struttura. Al nostro scopo basterà ricordare che, venendo a sciogliersi il matrimonio, l'*a. rei uxoriae* è intentata dalla donna stessa se è *sui iuris*, o altrimenti dal padre ma in concorso con lei *(actio patris adiuncta filiae persona)*. Non è chi non veda che in tale concorso si riafferma ancora una volta la personalità della figlia (2). Piuttosto è da aggiungere che il concorso occorre non solo se la dote è costituita, com'è normale, dal padre *(dos profecticia)*, ma anche se è costituita da un terzo, senza convenzione di ricupero allo

---

(1) Cfr. fr. 12 § 3 *De capt.* 49,15. La conseguenza del silenzio era adunque in questo caso rilevantissima: il nipote diveniva *heres suus* rispetto all'avolo. Quanto al *heres suus*, v. l'ultimo lavoro del compianto Dubois: *La saisine héréditaire en droit romain*, Paris 1880, da lui pubblicato nella *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*.

(2) Cfr. Mandry, *Familiengüterrecht*, I, pag. 311 e segg.

sciogliersi del matrimonio [1]. Ma *quid*, si domanda Ulpiano, se la donna non aggiungesi al padre, non gli dà il suo consenso, ma trattiensi solo dal dissentire? — E così risponde:

Fr. 2 § 2 *sol. matrim.* 24, 3 (ULPIANUS, *lib. 35 ad Sabinum).*

Voluntatem autem filiae, cum pater agit de dote (rei uxoriae *Ulp.)*, utrum sic accipimus, ut consentiat an vero ne contradicat filia? et est ab imperatore Antonino rescriptum filiam, nisi evidenter contradicat, videri consentire patri. et Iulianus libro quadragesimo octavo digestorum scripsit quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat: nam ubi non potest per dementiam contradicere, consentire quis eam merito credet. sed si absens filia sit, dicendum erit non ex voluntate eius id factum cavendumque ratam rem filiam habituram a patre: ubi enim sapit, scire eam exigimus, ut videatur non contradicere.

Qualcuno ricorderà qui la nota *regula iuris:* « Eius est nolle, qui potest velle » (Fr. 3 *de R. I.* 50, 17), ed argomenterà contro Giuliano, come fa l'Anonimo negli scôli dei Basilici, che la donna furiosa non potendo *contradicere* non può nè meno consentire. Ma Giuliano ed Ulpiano sapevano benissimo tutto questo: tant'è che Ulpiano, come nota acutamente il Bonfante, distingue

(1) Ulpiani *Fragm.* VI, 6. Cfr. Vatic. Fragm. 102, 269; fr. 3 e fr. 22 § 1 *solut. matrim.* 24,3. — L'interpolazione che occorre nel § 1 del fr. 2 *cit. (et dos ab eo profecta sit)* fu già rilevata dagli antichi. Cfr. Lusignani, *Saggio di una raccolta delle interpolaz. degli antichi,* p. 7.

fin dalle prime parole, e come non si potrebbe meglio, tra consenso attivo, pieno, e mero assentimento passivo: « utrum sic accipimus *ut consentiat* an vero *ne contradicat* » (1). Dunque senza ricorrere al comodo ripiego di supporre un consenso che non c'è, pigliamo le cose come in realtà sono: qui basta il *non contradicere* non perchè debba o possa interpretarsi come consenso, ma perchè i giureconsulti romani non richiedono di più.

La difficoltà viene così a concentrarsi nelle ultime parole del testo. Infatti Giuliano aggiunge che, in caso d'assenza della figlia, il *paterfamilias* il quale agisce in giudizio per la restituzione della dote, è tenuto a garantire che la figlia ratificherà; e ciò perchè la donna divenuta *sui iuris*, non possa reclamare la dote un'altra volta (2). Bisogna adunque che la donna, se assente, sia informata perchè il padre possa agire da solo. Sicuro; ma il pensiero di Giuliano in quest'ultimo caso non è che la *scientia* unita alla *patientia* costituisca la donna davvero consenziente, ma piuttosto quest'altro: se basta il *non contradicere* quando non si può contraddire, *a fortiori* basterà quando non si contraddice pur potendo. In definitiva: mentre si riconosce anche qui la personalità della figlia in omaggio al rapporto matrimoniale in cui essa fu congiunta, ed a cui di nuovo può pas-

---

(1) Sch. ad B. 28,8 c. 2 (ed. di Heimbach vol. 3, pagg. 239, 240. V. Bertolini, *La ratifica degli atti giur. nel dir. priv. rom.* I, pag. 116, n. 12; II, p. 140 - 141. Cfr. Bonfante, art. cit., p. 8.

(2) Pomponius, fr. 4 *sol. matr.* 24,3. Si pater sine consensu filiae dotem a viro exegisset, et eandem alii viro ejus filiae nomine dedisset, et mortuo patre filia cum priore viro ageret, doli mali exceptione repellitur.

sare con la dote, si vuole mantenere pur salvo il concetto della patria potestà: tant'è che basta che la figlia presti al padre un mero assentimento passivo perchè il padre possa agire da solo.

In ordine all'adozione propriamente detta, non pare che prima degl'imperatori bizantini si avesse riguardo alla volontà dell'adottato. Ma per l'adozione non si faceva altro che estinguere la potestà del padre naturale e trasferirla nell'adottante mercè le forme combinate della *mancipatio* e della *in iure cessio*, ossia tutto si riduceva ad un mutamento dei titolari della patria potestà (1). L'adozione non poteva perciò aver mai l'importanza dell'*adrogatio* la quale portava alla fusione di due *familiae*, per la riduzione d'un *paterfamilias* a stato di figlio: conseguenza gravissima a produrre la quale occorrevano dapprima il consenso del popolo e l'approvazione del collegio dei Pontefici (2). Quando adunque Celso nel fr. 5 *de adopt.* (1, 7), parlando delle adozioni in genere, ci dice che di fronte al consenso dell'adottante *voluntas explo-*

---

(1) Gellio, v, 19. « Adoptantur autem, cum a parente in cuius potestate sunt, tertia mancipatione in iure ceduntur, atque ab eo qui adoptat, apud eum apud quem legis actio est, vindicantur ».

(2) Gellio, l. c. Ivi pur si legge che « *Adrogatio per rogationem populi fit* », ed è riportata la formula, che è quella della vera e propria legge, in quanto che comincia con le parole « *velitis iubeatis, quirites,* » e termina con l'espressione: « *Haec ita, uti dixi, ita vos, quirites rogo* ». Cfr. Gaio I, § 99. L'effetto dell'*adrogatio* è efficacemente espresso da Papiniano là dove dice di chi si dà in arrogazione: « ... *cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transfert* ». (Fr. 11 § 2, *De bon. poss. sec. tabb.* 37,11). Per la minore importanza e per l'origine meno antica dell'*adoptio* propriamente detta di fronte all'*adrogatio*, v. pure l'operetta postuma dello Ihering, *Die Verfassung des röm. Hauses*, pag. 78.

ratur solo di chi è *sui iuris (adrogatio)*, ci dice questo appunto per escludere che si debba far caso della volontà di chi è *alieni iuris (adoptio* propriamente detta*)*: « In adoptionibus eorum dumtaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur ». Le parole che seguono risultano così aggiunte da' compilatori, com'è giusta congettura del Mommsen, accolta anche dal Lenel: « sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est vel consentiendo vel non contradicendo ». La preponderanza della volontà del *paterfamilias* viene in tal modo a subire un'altra limitazione, sempre peraltro nell'identica misura del *non contradicere* (1).

Più gravi difficoltà presenta l'emancipazione non meno rispetto al *paterfamilias* che al figlio. Così non è esatto ciò che scrive il Bonfante, che anche circa l'emancipazione fossero primi gl'imperatori bizantini ad aver riguardo alla volontà dell'emancipato. Una tale opinione urta infatti con l'esplicita testimonianza di Paolo: « Filius familias invitus emancipari non cogitur ». Perchè noi crediamo che Anastasio e Giustiniano nulla innovassero su questo punto, ma non facessero altro che ripetere quello che era già stabilito, esigendo da canto dell'emancipato almeno l'assentimento passivo (2).

---

(1) Mommsen, ad l. 5 *de adopt.* 1,7. Lenel, *Paling.*, I, c. 163, n.° 236. V. pure fr. 24 eod. Cfr. § 8 Inst., *Quib. mod. ius pot. solv.* 1,12; c. 11 *de adopt.* 8,47 (48).

(2) Pauli *Sent.*, II, 25,5. C. 5, c. 6 *de emanc.*, 8,48 (49). Nov. 89, c. 11 pr. « *Solvere ius patriae potestatis invitis filiis non permissum est patribus* ». Cfr. Bonfante, art. cit. p. 8. — Oggi si concede l'emancipazione, perchè il minore possa fare da sè solo tutti gli atti che non eccedano la semplice amministrazione, nè si domanda il consenso dell'emancipando (*Cod. civ.* art. 310 e segg.).

Quanto all'emancipante, é questione antica se il *paterfamilias* potesse emancipare tacitamente il figliuolo [1]. La forma dell' emancipazione con la vendita triplice o semplice durò di viva applicazione al tempo de' giureconsulti classici, e non fu abbandonata definitivamente nè pure da Anastasio, ma solo da Giustiniano [2]. Ora una tal forma mal sapremmo immaginarla conciliabile con la completa inazione da parte dell'emancipante. Tuttavia in senso contrario noi troviamo addotti due testi; ma que' testi, chi ben guardi, si limitano a mettere in chiaro lo scorretto contegno del padre per inferirne ch'egli non può accampare alcuna pretesa nè su la persona nè sui beni del figliuolo. Il primo testo é un frammento d'Ulpiano: il secondo una costituzione degli imperatori Antonino e Vero.

Fr. 25 pr. *de adopt. et de emancip.* 1, 7 (ULPIANUS, *lib. 5 Opinionum*).

Post mortem filiæ suæ, quæ ut materfamilias quasi iure emancipata vixerat et testamento scriptis heredibus decessit, adversus factum suum, quasi non iure eam nec præsentibus testibus emancipasset, pater movere controversiam prohibetur.

Come benissimo osserva il Glück, qui non si parla d'emancipazione *tacita*: l'emancipazione potrà dirsi irregolare, ma resta sempre *espressa*. Peggio poi pel padre, se ha lasciato che la figlia vivesse libera di sè come una *materfamilias;* se non ha impugnato l'eman-

---

(1) Ricordiamo: Von Nuyven, *De emancipatione tacita Romanis incognita,* Groninga 1781.

(2) Costa, op. cit., pag. 315.

cipazione, mentre la figlia era ancora in vita. Ora che la figlia è morta, non può essere che un pretesto quel di dire che l'emancipazione non ebbe luogo nella forma legale nè alla presenza dei testimoni. Ma se ne capisce lo scopo, che è quello di voler soppiantare ad ogni costo gli eredi della figlia. Il padre dunque dev'esser respinto senz'altro ([1]). — Molto analogo è il caso contemplato nella costituzione citata.

C. I *de patria potestate* 8, 46 [47] *(Impp.* ANTONINUS *et* VERUS *AA. Titio).*

Si filium tuum in potestate esse dicis, praeses provinciæ æstimabit, an audire te debeat, cum diu passus sis, ut patris familias rem eius agi per eos, qui testamento matris tutores nominati fuerunt.

Una madre ha lasciato i suoi beni al figlio, affinchè essi restino separati dal patrimonio famigliare, e quindi dal padre che lo rappresenta: — nuova affermazione dell'elemento individuale di fronte al classico concetto dell'unità della famiglia. Or il padre, morta la testatrice, mostra prima di religiosamente rispettarne la volontà: tant'è che lascia a lungo l'amministrazione dei beni del figlio in mano a' tutori indicati appunto nel di lei testamento, come se il figlio fosse un *pater familias*. Ma poi, d'un tratto, si risolve a chiedere agl'impe-

(1) Glück-Ferrini, Lib. I, tit. VII, § 157, pag. 688, nota 94. — Il Persico, nel principio del suo lavoro sul silenzio, scrive a pag. 2: « Una massima comune, ripetuta ogni giorno nel foro e non contraddetta, é che il fatto proprio ci nuoce. Sennonchè, chi volesse confortare con un'espressa disposizione di legge quella verità giuridica, non la scoprirebbe nel Codice ». Or bene: il fr. 25 pr. *de adopt.* 1,7 ci offre appunto una bella applicazione di quella massima.

ratori se non possa far constatare che il figlio è ancora sotto la sua potestà. Gl'imperatori non si pronunciano, ma rinviano il padre al Preside della provincia: vedrà egli se debba ascoltarlo. Indipendentemente da tutte le altre considerazioni alle quali il mutato contegno del padre potrebbe dar luogo, è tuttavia inutile che egli si lusinghi anche perchè la sua azione rientra fra le pregiudiziali, e queste di regola *ex praetoris jurisdictione substantiam capiunt;* laonde non è possibile che essa ormai non sia prescritta. Non è dunque, conchiuderemo col Glück, che la volontà del padre sia qui la causa della liberazione del figlio dalla patria potestà [1].

Abbiamo visto più sopra le belle applicazioni che del *non contradicere* fecero i giureconsulti romani. Ne vedremo ora un'infelice fattane — in ciò siamo perfettamente d'accordo col Bonfante — dagl'imperatori bizantini. I giureconsulti s' erano studiati di conciliare la preponderanza della volontà paterna col riguardo dovuto alla volontà dei figli. Lo scopo degl'imperatori bizantini è ben diverso, e precisamente di far incorrere il padre nelle responsabilità gravissime inerenti al decurionato del figlio, quand'anche il padre taccia o per amor proprio, o per non esporsi all'impopolarità, o per qualsiasi altro motivo.

Fr. 2 pr. *ad municip.* 50,1 (ULPIANUS, *lib.* 2 *Disputationum).*

Quotiens filius familias voluntate patris decurio creatur, universis muneribus, quæ decurioni filio iniun-

---

(1) Glück-Ferrini, l. c. Cfr. fr. 35 pr. *de O. et A.* 44,7; § 13 Inst. *De action.* IV, 6; pr. *De perp. et temporal. action.* IV, 12.

guntur, obstrictus est pater quasi fideiussor pro filio. consensisse autem pater decurionatui filii videtur, si praesens nominationi non contradixit. proinde quidquid in re publica filius gessit, pater ut fideiussor præstabit.

Nessun dubbio su la responsabilità del padre, se egli, assicurando al figlio una gran fortuna, lo avesse egli stesso offerto alla Curia; il padre, a buon conto, rimaneva in tal caso obbligato in conseguenza del proprio suo fatto. Ma se la nomina a decurione del figlio proveniva ultroneamente dall'ordine, ci par difficile che i giureconsulti non richiedessero l'esplicito consenso del padre. Erano troppo gravi i pesi che sul padre ricadevano per la nomina a decurione del figlio, perchè i giureconsulti potessero tenersi paghi del suo semplice « *non contradicere* ». Ulpiano adunque per noi non accennò che alla prima ipotesi, ma Giustiniano — con l'inserire tra il primo periodo e l'ultimo quello in cui si mostra sufficiente il *non contradicere* del padre per tenerlo obbligato — ci costringe a pensare alla seconda. Su questa via si andò anzi tant'oltre da richiedere, com'è scritto in un altro testo pur esso interpolato, che il padre facesse constare della sua contraria volontà *apud acta praesidis vel apud ipsum ordinem vel quo alio modo* (1).

Tra' frammenti sul diritto di famiglia ne troviamo ancora ricordati altri due come riferentisi alla nostra questione: il fr. 38 § 1 *De donat. int. vir. et ux.* (24,1)

(1) Fr. 7 § 3 *De decur.* 50,2. Egualmente sospetta è la fine della c. 1 *De filiisfam.* 10,62 (60). Cfr. Bonfante, art. cit., p. 9.

ed il fr. 1 § 4 *de agnosc. vel al. lib.* (25,3.) — A voler argomentare dal primo, ecco che cosa ci si puó opporre:

Dei tre sistemi a traverso i quali passò la donazione tra coniugi, lasciamo stare il primo, cioè il sistema della *lex Cincia*, per il quale le donazioni tra coniugi erano illimitatamente permesse ([1]). — Trascuriamo pure il sistema consuetudinario posteriore che stabili, all'opposto, l'assoluta nullità delle donazioni tra coniugi; come un mezzo per altro — secondo la verosimile congettura del Brinz — di dare alla revoca l'efficacia più ampia, ossia l'efficacia reale ([2]). — Fermiamoci adunque al terzo sistema, ossia al sistema intermedio introdotto dal Senaconsulto reso su proposta *(oratio)* d'Antonino Caracalla ([3]). Or bene: il donante poteva, in conformità a quel Senaconsulto, rivocare sempre la sua donazione, ma se moriva senz'aver manifestato alcuna volontà in proposito, la donazione si trovava convalidata per effetto appunto del suo silenzio ([4]).

---

(1) Vat. Fragm., 302: « Excipiuntur et adfinium personae ut privignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus, vir et uxor, sponsus sponsa. »

(2) Ulpianus, fr. 1 *de don. int. v. et ux.* 24,1. « Moribus apud nos receptum est ne inter virum et uxorem donationes valerent ». Cfr. Brinz, *Pand.*, 2.ª ed., III, p. 791 e segg.

(3) Fr. 32 § 2 *eod.* Ait *Oratio* : « Fas esse eum qui donavit poenitere; heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius qui donavit durum et avarum esse ».

(4) Ma questa conferma è qualcosa di veramente strano. Se la donazione è sempre *nullius momenti, nihil valet, ipso iure nihil valet*, come ripetutamente ci dicono i testi; come si fa a pensare a ratifica d'atto inesistente? Il Ferrarini *(L'invalid. degli atti giur.*, I, pag. 49 sg.) si studiò di superare la difficoltà riproducendo l'opinione del Savigny il quale ritiene che la riforma del S. C. sostanzialmente pareggiasse le donazioni tra coniugi a quelle *mortis*

Ancora. Presupposto il divieto di donare tra coniugi, Alfeno e Paolo ci presentano tre fratelli, uno dei quali ammogliato. Il marito dà alla moglie una cosa ch'egli ha in comune co' fratelli. Per un terzo la donazione è nulla appunto perchè un terzo della cosa è del marito, ma per gli altri due terzi i giureconsulti ce la dànno per validissima, sia che la donazione avvenga a saputa de' cognati della donna, sia che essi poi la ratifichino. Or come spiegare ciò senza dar al silenzio il valore di consenso?

Fr. 38 *De don. int. vir. et uxor.* 24,1 (ALFENUS, *lib. 3 Digestorum a* PAULO *epitomatorum*).

Servus communis viri et fratris eius puerum donavit uxori fratris: pro qua parte is servus qui donasset viri esset, pro ea parte munus non esse factum mulieris respondit. § 1. Idem iuris erit, si ex tribus fratribus unus uxorem haberet et rem communem uxori donasset: nam ex tertia parte mulieris res facta non est, ex duabus autem partibus reliquis, si id scissent fratres aut posteaquam donata esset ratum habuissent, non debere mulierem reddere.

Non sono necessarie molte parole per confutare gli argomenti sovra esposti. Riguardo al primo, basterà il riflettere che il semplice silenzio, cioè non la sola

---

causa. Ma contro questa opinione, v. Fadda, *La nullità delle donaz. tra coniugi*, estr. dal « Foro ital. », Anno XVIII, Fasc. V. In fondo, bisogna pigliare la legge così com'è, e confessare col Bertolini (*Ratifica*, II, p. 42) che si è in un vero caso d'eccezione alla massima, secondo la quale un atto nullo in origine non può divenir valido per volgere di tempo. - Il *Cod. civ. it.* (art. 1054), come già l'*albertino* (art. 1186), dichiara assolutamente, radicalmente nulle le donazioni tra coniugi.

omissio sermonis, ma l'astensione volontaria da ogni manifestazione dell'animo nostro, non si può in guisa alcuna confondere con quell'insieme di fatti concludentissimi che la comunanza di vita, alla quale il matrimonio dà luogo, deve inevitabilmente offrire. Più serio resta il secondo argomento. Ma a ricordare che i costumi e le leggi romane si mostrarono sempre tutt'altro che favorevoli alle donazioni, è facile l'ammettere che i giureconsulti non potessero dar il valore di consenso alla semplice *scientia* del donante (1). Nè ci sfugga che l'ipotesi d'Alfeno è poi tale che mal si può conciliare col silenzio: non è invero probabile che più fratelli si trovino insieme senza che una parola, un gesto, un cenno riveli le loro intenzioni. Or non si richiede di più perchè il silenzio svanisca. — Non ci resta così da esaminare che il

Fr. 1 § § 3 e 4 *de agnoscendis vel alendis liberis* 25,3 (ULPIANUS, *lib. 34 ad Edictum*).

Denuntiare autem hoc tantum esse mulierem ex eo praegnantem. non ergo hoc denuntiat ut mittat custodes maritus: sufficit enim mulieri hoc notum facere, quod sit praegnas. mariti est iam aut mittere custodes aut ei denuntiare. quod non sit ex se praegnas: hoc autem vel ipsi marito vel alii nomine eius facere

---

(1) Serafini, *Ist.*, II, § 144, n. 4. Il Simoncelli, a pag. 17 del suo studio più volte cit., osserva molto efficacemente a proposito del fr. 38 § 1, D. 24,1: « Se la semplice *scientia* nella l. 28 D. 10-3, già esaminata, vedemmo non costituire consenso, come può supporsi che varrebbe consenso per una donazione, atto tanto più grave della semplice innovazione? » Nè la *ratio adfinitatis*, alla quale gli antichi ad incominciare da Accursio solevano riferirsi, ci pare che tolga molto alla forza dell'argomento.

permittitur. § 4. Poena autem mariti ea est, ut, nisi aut custodes praemiserit aut contra denuntiaverit non esse ex se praegnatem, cogatur maritus partum agnoscere: et si non agnoverit, extra ordinem coercetur. debebit igitur respondere non esse ex se praegnatem aut nomine eius responderi: quod si factum fuerit, non alias necesse habebit agnoscere, nisi vere filius fuerit.

Giova premettere che il S. C. Planciano, di poco anteriore ad Adriano, concedette alla donna divorziata, o per essa al padre suo, un termine di trenta giorni da quello del divorzio, perchè ella potesse, ritenendosi incinta, farne denunzia al marito (1).

Ma la donna non fa la denunzia, osserva qui il giureconsulto, perchè il marito provveda alla vigilanza di lei: la donna non ha da far altro che denunziare il suo stato di gravidanza. Tocca al marito mandar dei custodi o dichiarare che la gravidanza non è avvenuta per opera di lui: ciò che può fare o egli stesso od un terzo in suo nome. Or se il marito contesta la denunzia della donna, egli non è più in obbligo di riconoscere il figlio, a meno che la sua opposizione non risulti poi infondata; ma se nulla oppone alla denunzia della donna, egli non può respingere il nascituro. La legge tuttavia non sta nè meno qui ad indagare se il marito, lasciando senza opposizione la denunzia della donna, abbia con ciò ammesso la sua paternità: alla legge basta il fatto della mancata opposizione per dichiarare il ma-

(1) Cfr. Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechtes*, p. 239-240.

rito responsabile del suo silenzio. Tant'è vero che la legge punisce il marito d'aver taciuto, quand'anche egli possa in seguito provare in modo irrefragabile l'illegittimità del nascituro: « Idem Iulianus scribit, si uxore denuntiante se praegnatem maritus non negaverit, non utique suum illi partum effici, cogendum tamen alere: ceterum esse satis iniuriosum ait, si quis longo tempore afuerit et reversus uxorem prægnatem invenerit et idcirco reiecerit, si quid ex his, quae senatusconsulto continentur, omiserit, suum heredem ei nasci ». (Fr. cit. § 14).

Eccoci così ricondotti alla stessa conclusione: chi non fa valere il suo diritto nei modi prescritti o dentro i termini fissati dalla legge, non vi *rinunzia*; ma se pure non ne *decade* incorre sempre in una pena. E di pena appunto da infliggere al marito poco fa ci ha parlato Ulpiano. Quanto poi a que' luoghi delle fonti che ci mostrano ora il padre, ora il figlio o la figlia a serbar davvero il silenzio, basti questa semplice osservazione: i romani erano logici se, nell'urto tra la potestà del padre e la libertà de' figli, reputavano salva la prima se il padre si limitava a non dissentire, e volevano che la seconda si affermasse almeno nella forma modesta d'un assentimento passivo. Ma saremmo logici noi, se in un negozio giudirico reputassimo sufficiente un'ombra o parvenza di consenso? Altri vegga [1].

(1) A proposito di riconoscimento della prole, non si comprende come il Persico, dato il concetto ch'egli si forma del silenzio giuridico, (p. 9), citi a p. 17 come caso di silenzio quel dell'ar. 161 del *Cod. civ.* (risc. fr. 12, *De statu hom.* 1,5). In fatti in quel caso la volontà tacita di riconoscere il figlio risulta dal *fatto* che s'è sposata la madre pur conoscendone la gravidanza. — Ancora una parola sul silenzio relativamente al diritto di famiglia. Il principio del *non contradicere* non è una *singolarità* tutta romana. In fondo, è sempre vero che talvolta il padre non tanto consente, quanto non s'oppone al matrimonio del figlio o della figlia; com'è pur vero che tale altra i figli si piegano più che consentano alle unioni stabilite tra' padri.

IV.

Continuazione delle nostre ricerche rispetto al diritto d'eredità. — La tacita rinunzia al fedecommesso si desume nel fr. 26 *de probat.* (22,3) da ben altro che dal silenzio dell'onorata. — Tra le circostanze che indussero il divo Commodo a pronunciarsi in quel caso per la *tacita fideicommissi remissio* si mette in rilievo, come decisiva, quella de' reiterati pagamenti fatti dall'onorata all'obbligato (il fratello) in conseguenza della loro continua relazione d'affari. — Tanto meno può ascriversi al silenzio del testatore l'*ademptio* del legato o del fedecommesso nel caso del fr. 3 § 11 *De adim. vel transf. leg.* 34,4. Perchè le *capitales vel gravissimae inimicitiae* scoppiate fra testatore ed onorato rendano il legato solo oppugnabile mercè l'*exceptio doli*, mentre estinguono senz'altro il fedecommesso. — L'erede fiduciario può tacitamente restituire l'eredità al fedecommissario, com'è detto nel fr. 38 (37) pr. *Ad S. C. Trebell.* (36,1); tuttavia i rapporti cui dà luogo la *fideicommissaria hereditas* mal consentono al fiduciario di serbare a lungo il suo passivo contegno. — Conformemente alla sentenza di Celso della quale è memoria nel fr. 4 pr. *de doli mali et m. except.* (44,4), l'erede ha l'*exceptio doli* contro il creditore ereditario che a disegno non s'è unito agli altri nel dargli il mandato d'accettare l'eredità. — Un motivo analogo a quel che giustifica la sentenza di Celso, giustifica pure le restrizioni che Macro arreca al principio: « *Res inter alios judicatae nullum aliis praeiudicium faciunt* » nel fr. 63 *De re iudic.* 42,1.

Il diritto di famiglia è intimamente connesso con quello d'eredità. Indi è chiaro che noi dobbiamo continuare nelle nostre ricerche con riguardo all'eredità civile; all'eredità fedecommissaria; ai legati; ai fedecommessi particolari. Rifacendo a ritroso il cammino indicato, perchè

sarà bene soffermarci da ultimo su quel testo che a noi pare possa conferire alla giusta soluzione del nostro problema, veda intanto il lettore se la volontà di rinunziare al fedecommesso si desuma dal semplice silenzio dell'onorata, com'è opinione del Ranelletti, nel caso seguente:

Fr. 26 *de probat.* 22, 3 (PAPINIANUS, *lib.* 20 *Quaestionum).*

Procula magnae quantitatis fideicommissum a fratre sibi debitum post mortem eius in ratione cum heredibus compensare vellet, ex diverso autem allegaretur numquam id a fratre quamdiu vixit desideratum, cum variis ex causis saepe rationi fratris pecunias ratio Proculae solvisset: divus Commodus cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum.

Il fratello di Procula fu istituito erede, ma con l'onere di restituire a lei un rilevante fedecommesso. Procula però non solo non domandò mai il fedecommesso al fratello, ma si lasciò anche sfuggire tutte le occasioni d'opporglielo in compensazione. Oltre che dal vincolo di sangue, Procula ed il fratello erano in fatti stretti da una continua e svariata relazione d'affari per effetto della quale dovevano spesso venire a conti. Ma sempre quando Procula rimaneva in debito, ella pareggiava le partite senza mai fare il benchè minimo accenno al fedecommesso dovutole. Or siccome il fedecommesso era tutt'altro che di lieve entità, così conviene credere che Procula non avrebbe tralasciato d'opporlo in compensazione se non avesse avuto l'animo di rinunziarvi.

Mentre visse il fratello, Procula adunque non mostrò mai di curarsi del fedecommesso. Ma quando gli eredi, riveduti i conti, la trovarono in debito d'un residuo e la invitarono a pagarlo; fu solo allora che

ella si decise a fare ciò che per l'addietro non aveva fatto mai, invocò cioè la compensazione. Di qui la lite insorta fra Procula e gli eredi del fratello (1).

Non é necessario dire che Procula credeva di poter ancora opporre in compensazione il fedecommesso appunto perchè credeva di poterlo ancora esigere, nessun limite di tempo essendo prefisso alla richiesta dei fedecommessi (2). Egli è pure intuitivo che gli eredi del fratello dovevano alla loro volta partire dal principio opposto, ossia dal principio che alla *petitio* del fedecommesso da canto di Procula ostasse ormai l'*exceptio pacti* (non importa se tacito) *de non petendo* (3). Restringiamoci adunque a notare che il divo Commodo si pronunziò nella sua sentenza contro Procula ed a favore degli eredi del fratello.

Nè la sentenza avrebbe potuto esser più giusta. A favore degli eredi del fratello concorreva in fatti tale

---

(1) Abbiamo adunque qui un esempio di *decretum*, ossia una di quelle sentenze che l'imperatore pronunziava come giudice su le contestazioni che voleva decidere da sè medesimo *(cognoscens)*. V. fr. 1 § 1 *De const. princ.* 1,4. Un altro esempio celebre di decreto si ha nella sentenza che Tiberio rese nella causa tra il suo schiavo Partenio ed un cittadino. § 4 Inst. *de vulg. subst.* II, 15. Fr. 40,41 *De her. inst.* 28,5.

(2) Gai *Inst.*, II, 278. Ulpiani, *Fragm.*, XXV, 12. Che non ostante il decorso d'un lungo tempo si potesse sempre chiedere il fedecommesso, ci è provato dallo stesso Papiniano nel fr. 79 de leg. II (31): « Quae fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit; iuris ignoratione lapsi, qui petere praedia ex mariti testamento debuerunt secundum fideicommissum inter caeteros longo tempore perceperunt; non ideo peremptam videri petitionem prioris fideicommissi constitit ».

(3) Fr. 2 *De pactis*, 2,14. Cfr. Gai *Inst.*, IV § 119.

un cumulo di circostanze, che l'Ehrlich arriva qui a considerare come espressa la rinunzia al fedecommesso. E tuttavia noi sorvoliamo su lo stretto vincolo non meno di sangue che d'affari tra Procula ed il fratello; su la rilevanza del fedecommesso; su la stessa longanimità di Procula. Al nostro scopo basta osservare che i reiterati pagamenti di lei erano fatti d'una concludenza troppo manifesta, perchè il divo Commodo potesse equipararli al semplice silenzio [1].

Nè con maggior fondamento si può attribuire al silenzio del testatore la revoca del legato o del fedecommesso in quest'altro testo:

Fr. 3 § 11 *De adim. vel transf. leg.* 34, 4 (Ulpianus, *lib. 24 ad Sabinum).*

Non solum autem legata, sed et fideicommissa adimi possunt et quidem nuda voluntate. unde quaeritur, an etiam inimicitiis interpositis fideicommissum

---

(1) L'Ehrlich (o. c., p. 251) pur credendo, ma a torto secondo noi, che le fonti romane ci diano argomenti per affermare che il semplice non esercizio d'un diritto per un tempo abbastanza lungo lasci presumere la volontà di rinunziarvi, nota tuttavia riguardo al decreto del divo Commodo: « Ich übergehe das fr. 26 *de prob. et praes:* 22,3: der stillschweigende Verzicht auf das Fideikommiss wurde hier nicht blos wegen der langjährigen Unterlassung der Einforderung, sondern auch aus dem Grunde vermuthet, weil die Berechtigte es bei den häufigen Abrechnungen mit dem Bruder (dem Verpflichteten) nie zur Sprache brachte: ein solches Uebergehen bei der Abrechnung kann immerhin als ausdrückliche und dem andern Theile gegenüber stattgefundene Erklärung des Verzichtwillens angesehen werden ». — Non s'oppongono al decreto del divo Commodo, ma ne determinano meglio la portata i testi seguenti: fr. 8 pr. *de act. rer. amot.* (25,2); fr. 18 § 1 *de alim. vel cibar. leg.* (34,1); fr. 29 *de O. et A.* (44,7). Cfr. Cuiacii, *Comment. in tit. de prob. et praes.*, c. 966; *Comment. in lib. XX Quaest. Papin.*, c. 576 e segg.

non debeatur: et si quidem capitales vel gravissimæ inimicitiæ intercesserint, ademptum videri quod relictum est: sin autem levis offensa, manet fideicommissum. secundum haec et in legato tractamus doli exceptione opposita.

Il frammento, a lasciarlo com'è, presenta un caso notevolissimo di tacita adenzione di legato o di fedecommesso. Come saggiamente avverte il Ferrini, la frase « *ademptio legati* » va intesa con qualche discrezione, perchè non si adime in senso vero quanto non costituisce che un'aspettativa, non essendo fino alla morte del *de cuius* nè perfetto il negozio nè quesito il diritto ([1]). Or bene: come pretendere che quell'aspettativa possa divenire realtà, se interviene un fatto com'è quello accennato dal giureconsulto, in urto manifesto co' sentimenti di stima e di benevolenza che mossero il testatore ad onorare il legatario? ([2])

Noi parliamo di legato, perchè è bene il notare che le *capitales vel gravissimae inimicitiae* ([3]) insorte tra legatario e testatore non distruggono il legato, ma lo rendono solo oppugnabile mercè l'*exceptio doli.* Il legato è in vero un negozio formale, nè quindi si può a ri-

---

(1) Ferrini, *Le presunzioni in diritto romano,* in « Riv. ital. per le scienze giur. » vol. XIV, pag. 281.

(2) I legati *poenae nomine,* almeno secondo la *Parafrasi* attribuita a Teofilo furono dichiarati nulli precipuamente per la stessa ragione, ossia perchè non riconoscevano la loro origine da un sentimento di benevolenza e d'affezione pel legatario. *Ad* Inst., II, 20, § 36.

(3) « Par haines capitales, il faut entendre celles qui allaient jusqu'à vouloir priver de la vie, naturelle ou civile. » Ortolan, *Explic. histor. d. Inst.,* I, n.° 280, p. 206.

gore distruggere l'iniziale volontà senza una determinata manifestazione della contraria. Ma il fedecommesso non richiede solennità alcuna, tanto che *nutu etiam relinquitur:* esso deve adunque svanire senz'altro in seguito a così profonda mutazione di rapporti fra testatore e fedecommissario (1).

Il frammento d'Ulpiano manifesta senza dubbio l'opera interpolatrice; probabilmente il giureconsulto non parlò che di soli fedecommessi. Ma l'interpolazione non è, per fortuna, che di sola forma: ricordisi in prova l'ipotesi che fa Papiniano nel fr. 22 *h. t.* È quella d'un coerede prelegatario resosi così inviso al testatore, che costui si risolve d'escluderlo intieramente dall'eredità. Se non che muore prima di finire il nuovo testamento. Il giureconsulto decide: non si potranno negare al coerede prelegatario le *actiones hereditariae,* in quanto il nuovo testamento, perchè incompiuto, non può romper l'antico; *sed legatum si petat, exceptione doli mali submovebitur* (2). — In conclusione: l'*animus adimendi* non si desume nei due casi ora esaminati dal semplice silenzio del testatore, ma sì dalle gravi inimicizie nate fra lui e l'onorato; ad ogni modo, non si è ancora fuor da'

---

(1) Ulp. *Fragm.* XXIV, 1,29 (cfr. II, 12); XXV, 1,3. Fr. 21 pr. *De leg.* III (32). Cfr. Czyhlarz, *Dottrina della condizione risolutiva* (vers. De Marinis) p. 123, n. 8.

(2) V. Ferrini, *Legati*, p. 583 - 584. — Papiniano nel fr. 22 cit. parla di coerede prelegatario: « ex parte heres institutus, etiam legatum acceperat ». Quanto alla controversia tra le due scuole dei giureconsulti sul legato *per praeceptionem* fatto ad un estraneo, v. Gai *Inst.* II, 216 - 222. Cfr. Voigt. *Ius natur.*, III, pag. 478; *XII Tafeln,* I, pag. 231. Ferrini, *Contributo alla dottrina del prelegato*, in « Boll. dell'Ist. di dir. rom. » vol. VIII. Baviera, *Le due scuole dei giureconsulti rom.*, pag. 108 e segg.

termini d'una dichiarazione tacita. Ma bisogna proprio uscirne fuori nel caso contemplato nel frammento che segue, perchè non è supponibile che l'erede fiduciario, o prima o poi, non debba smettere ogni riserbo ed esplicitamente dichiararsi:

Fr. 38 (37) pr. *Ad S. C. Trebell.* 36,1 (ULPIANUS, *lib. 16 ad Edictum).*

Restituta hereditas videtur aut re ipsa, si forte passus est heres possideri res hereditarias vel totas vel aliquas earum hac mente, ut vellet restituere, et te suscipere, non si ex alia causa putavit te possidere. sed et si postea ratum habuit, idem erit dicendum. sed et si verbo dixit se restituere, vel per epistulam vel per nuntium restituat, audietur. sed et si voluntate tua alii restituerit, in te transibunt actiones. item si alius iussu meo restituit vel ratam habui restitutionem, transisse actiones videntur.

L'eredità s'intende restituita, dice Ulpiano, se il fiduciario lascia che il fedecommissario si metta al possesso di tutte le cose ereditarie o d'alcune fra esse; e sta bene. Ma ciò non fa che i rapporti a cui dava luogo la *fideicommissaria hereditas* non fossero pur sempre tali da rendere impossibile al fiduciario un'assoluta inazione.

Com'è naturale, bisogna in prova metterci nel caso di dover applicare il senatoconsulto *Trebelliano*; bisogna cioè supporre che il fiduciario sia stato pregato di restituire *non plus quam dodrantem hereditatis*, non più di nove once dell'eredità [1]. Or bene: come dovrà

---

(1) Gai *Inst.* II, 255. § 6 Inst., *de fideicomm. hered.* 2,23.

egli restituire queste nove once? Occorrerà che egli le restituisca effettivamente, materialmente, perchè possa operarsi il trasferimento delle azioni?

No. Basta all'uopo una semplice dichiarazione di volontà fatta dal fiduciario od a viva voce, o con una lettera, o mediante un messaggiero. Il messaggiero o *nuncius* in fatti è pur esso un mero strumento di dichiarazione della volontà, *ministerium suum praestat:* tant'è che alcuni lo considerano, e non male, come una lettera parlante (1). Importa pur poco che la restituzione sia fatta o direttamente al fedecommissario, ovvero ad un terzo indicato da lui. Nè è detto che la restituzione non possa farla un terzo in sostituzione del fiduciario, sia che questi abbia dato preventivamente l'opportuno ordine al terzo, sia che ne abbia in seguito ratificato l'operato. Comunque fatta la restituzione, le azioni in somma del defunto, attivamente e passivamente, passano come utili al fedecommissario in proporzione della sua quota; e così egli, in virtù del senatoconsulto *Trebelliano*, viene a trovarsi in luogo d'erede *(loco heredis)*. Avviene finalmente altr'e tanto o che il fedecommissario apprenda il possesso delle cose ereditarie ad insaputa del fiduciario, ma ne ottenga poi la ratifica; o che il fiduciario tolleri che il fedecommissario s'impossessi delle cose ereditarie senza per nulla opporvisi. E questo è appunto il caso nostro.

Potremmo dire al riguardo che il contegno passivo del fiduciario resta spiegato dalla preghiera che gli

---

(1) Cfr. *Lezioni* cit. raccolte dal Ferrara, p. 173.

rivolse il defunto [1]. Ma, anche a far astrazione da ciò, siccome è necessario che la presa di possesso delle cose ereditarie sia accompagnata dall'intenzione nel fiduciario di restituirle e nel fedecommissario di riceverle *ex fideicommissi causa;* così è chiaro che occorrerà qualche altro elemento perchè consti in modo indubbio della concorde intenzione dei due eredi.

Ancora. La restituzione del *dodrans* importa la divisione delle azioni tra' due eredi, proporzionatamente alla quota di ciascuno. Senza questa restituzione, il fiduciario, che a termini del diritto civile è sempre il vero ed unico erede, non potrebbe difendersi da' creditori ereditari, non potrebbe cioè alle azioni che costoro gl'intentassero contro per l'intiero opporre l'*exceptio restitutae hereditatis* [2]. Or avrà egli il beneficio di quest'eccezione nel caso nostro ? Nessun dubbio. Ma se ciò è, bisogna riconoscere che il fiduciario non può a lungo serbare il suo primiero e passivo contegno: tant'è che alla fin fine si vede costretto ad agire ed a parlare. Possiamo adunque procedere oltre [3].

---

(1) Gai *Inst.* II, 250. § 2 Inst., *de fideicomm. hered.*, 2,23. Per le svariate formule con le quali si poteva lasciare in fedecommesso, v. Ferrini, *Legati* p. 35.

(2) Gai *Inst.* II, 255. Fr. 1 § 4; fr. 27 § 7 *Ad S. C. Trebell.* 36,1. — Come già s'è accennato nel testo, quelle che si davano pro e con tro il fedecommissario erano *azioni utili*, fingendo in lui una qualità che *iure civili* non aveva: quella d'erede. Le formule di tali azioni utili noi conosciamo dallo Pseudo-Teofilo II, 23,4.

(3) Ma non senza prima domandarci: dovrà intendersi restituita l'eredità, se il fedecommissario, a saputa e senza opposizione del fiduciario, si metta al possesso di solo *alcune* cose ereditarie ? Il frammento stesso esclude questo dubbio, perchè non distingue: « res

E così eccoci finalmente dinanzi ad un testo sfuggito al Ranelletti, o da lui trascurato, ma di cui è facile scorgere la grande importanza, già del resto notata dall'Ehrlich, nella precisione con la quale determina quando il silenzio debba se non interpretarsi come consenso, assimilarsi almeno negli effetti al consenso (1).

Fr. 4 pr. *de doli mali et m. except.* 44,4 (ULPIANUS, *lib. 76 ad Edictum*).

Apud Celsum quaeritur, si, cum Titio mandassent creditores hereditarii, ut adiret hereditatem, unus

---

hereditarias vel totas, vel aliquas earum ». Ciò del resto corrisponde, come già osservò Accursio, a quel che accade nella *pro herede gestio:* « Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres ». (Fr. 20 pr. *de adq. vel omitt. hered.* 29,2) Cfr. Chifletius, *De iure fideicommissorum*, lib. IV, c. III, in *Thesaur. iur. rom.* E. Ottonis, vol. V. c. 859.

(1) Ehrlich, o. c., p. 224. L'esame di questo frammento e degli altri per noi analoghi dimostrerà che al nostro modo di vedere non si può opporre ciò che il Simoncelli molto efficacemente oppone al Ranelletti: « Esagerando il rispetto verso una parte, non s'accorge che offende nell'altra parte la libertà della persona, vincolandola a causa del solo silenzio ». *Il silenzio nel dir. civ.*, p. 19. Nell'ipotesi di Celso, p. es., non merita alcun riguardo il creditore che tace: egli è in frode. Si può dunque e si deve tenerlo vincolato a causa del suo silenzio, senza per questo accogliere la *teoria dell'affidamento*. Quando la dichiarazione non corrisponde alla volontà interna, anche il Windscheid dà la prevalenza a quella in caso di frode o di colpa grave. E così, tra noi, anche il Chironi, *Istituz.*, I, § 57, pag. 96. Ammesso tuttavia il principio che vi può essere una dichiarazione obbligatoria senza la corrispondente volontà, non v'è ragione per limitare quest'obbligo al caso di colpa grave o di dolo. Vero è che il caso eccezionale dell'*institor* (fr. 11 § 4 *de inst. act.* 14,3) non può sempre autorizzarci a vincolare il dichiarante che non è in colpa, ma non è meno vero che colui il quale è in colpa, anche lieve, dev'essere tenuto responsabile della sua colpa. V. in questo senso: Scialoja, *Lez.* cit., p. 60 e segg. Simoncelli, o. c., p. 8 e segg. Cfr. *Lez.* cit. raccolte dal Ferrara, p. 212.

non mandasset decipiendi eius causa, mandaturus alioquin, si non foret hinc aditurus, deinde agat, an exceptione repellatur: et ait Celsus doli mali eum exceptione repellendum.

L'istituito erede era già deciso a rinunziare all'eredità reputandola sospetta. Ma i creditori ereditari, meno uno mantenutosi astutamente in silenzio, gli hanno dato il mandato d'accettarla ed egli l'ha accettata, convinto d'avere per sè l'unanime consenso di tutti i creditori. Accade in vece che quel creditore che s'è fatto prima in disparte, chieda ora all'erede la totalità del suo credito, allegando appunto di non avergli per suo conto conferito mandato alcuno. E tuttavia è certo che l'astuto creditore si sarebbe unito agli altri, se non avesse potuto vincere altrimenti le riluttanze dell'erede. Nulla adunque di più giusto che l'erede possa paralizzarne l'azione mediante l'*exceptio doli* (1).

Or si rifletta. Qui non si tratta d'inferire la rinunzia ad un diritto dal semplice silenzio del titolare, nè di ritenere una persona obbligata solo perchè ha taciuto. Trattasi qui di cosa ben diversa, e precisamente di far in modo che al creditore non riesca di vantaggio la sua malizia, all'erede di danno la sua ingenuità. È dunque presto capito che se qui si ritiene consenziente il creditore, ciò non si fa per altro che per conseguire gli

(1) Fr. 7 § 17 *De pact.* 2,14; fr. 40 *de dolo malo* 4,3; fr. 32 *Mandati* 17,1. — Per il caso inverso, ossia per il caso che altri con raggiri persuada l'erede testamentario a non accettare l'eredità, v. il § 28 del fr. cit. nel testo, avvertendo che l'eccezione di dolo ha in sè qualcosa d'assolutamente personale per cui in genere non si può opporre che all'autore del dolo.

scopi ora indicati (1). Basti per ora questo semplice cenno al quale tra poco vedremo di dare uno svolgimento piú ampio. Intanto notisi che l'Ehrlich, seguendo lo stesso corso d'idee, si richiama anche al celebre fr. 63 *de re iudic.* 42,1. L'importanza di questa legge; l'attinenza in che si trova col nostro tema; la necessità di escludere dal capitolo seguente qualunque testo che non si riferisca alla teoria delle obbligazioni: queste son le ragioni che varranno ad ottenerci un po' di scusa, se mai ora ci accadesse d'oltrepassare i limiti che ci siamo prefissi.

Fr. 63 *de re iudic.* 42,1. (MACER, *lib. 2 de Appellationibus*).

Saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare. quod tamen quandam distinctionem habet: nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest, quibusdam vero, etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet. nam scientibus nihil praeiudicat, veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur: nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit. item si ex duobus petitoribus alter victus adquieverit, alterius petitioni non praeiudicatur: idque ita rescriptum est. scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit,

---

(1) L'ipotesi di Celso risponde perfettamente alla definizione che del dolo diedero Servio e Sesto Pedio, fondandola su la simulazione: elemento questo escluso, come non necessario, dalla notissima definizione che del dolo piacque dare a Labeone. Fr. 1 pr. §§ 1, 2, 3 *de dolo malo* 4,3. Cfr. fr. 7 § 9 *De pact.* 2,14.

sequentem agere patiatur, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emptae: et haec ita ex multis constitutionibus intellegenda sunt. cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero non nocet; illa ratio est, quod qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quo minus uti velit propria actione vel defensione utatur, non potest: is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios iudicatae summovetur, quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est. nam et si libertus meus me interveniente servus vel libertus alterius iudicetur, mihi praeiudicatur. diversa causa est, si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii ad me pertinere dico: nam quamvis contra Titium me sciente iudicatum sit, nullum tamen praeiudicium patior, quia neque ex eo iure, quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio intercedere, quo minus iure suo utatur, sicuti et de coherede supra diximus.

Emilio Macro — uno tra' minori giureconsulti del tempo dei Severi — comincia questa legge, tolta dal secondo de' suoi due libri « *De appellationibus* » [1] con l'enunciare il principio che la sentenza non può nuocere ai terzi, ossia alle persone estranee al giudizio fra altri vertito [2]. Tuttavia, soggiunge Macro, occorre

(1) V. Ferrini, *Storia delle fonti del dir. rom.*, p. 86.

(2) Fr. 1 *de except. rei iudic.* 44,2. Ed in generale: fr. 7 § 4; fr. 12, 13, 14 *ivi*. — Cfr. *Cod. civ.* art. 1351.

in proposito distinguere: talvolta la sentenza nuoce ai terzi, se essi sapevano del giudizio; tale altra non nuoce comecchè ne sapessero. Inteso così il pensiero di Macro bisogna accogliere la correzione che al testo arrecò il Herald, e che il Mommsen ha riproposto in questa forma più elegante: « Nam sententia inter alios dicta scientibus, etiamsi contra ipsos iudicatum sit nihil, quibusdam obest, quibusdam vero nihil nocet » (1).

Macro illustra quest'ultima ipotesi con tre esempi. 1. Se uno fra i due eredi del debitore è condannato a pagare la sua quota sul debito del defunto, resta integro all'altro il diritto di difesa. — 2.° Se il debitore è assolto non meno di fronte all'uno che all'altro de' due eredi del creditore, l'acquiescenza d'uno non toglie all'altro il diritto d'appello. (Leggo col Mommsen: *appellationi* in luogo di *petitioni*). — 3.° Se un Tizio rivendica da te un fondo, la sentenza resa contro di lui non può mai impedire a me di rivendicare lo stesso fondo che credo mi s'appartenga, *sed non ex persona Titii*. In questi tre esempi adunque *scientia non nocet*, e la ragione è chiara: i due coeredi sono giuridicamente indipendenti l'uno dall'altro, come io da Tizio.

Ma quando colui al quale, come ad interessato principale, spetta l'azione o la difesa in giudizio, lascia

(1) Mommsen ad h. l. La correzione del Herald suona precisamente così: « Nam sententia contra alios dicta, quibusdam, etiamsi contra ipsos nihil sit iudicatum, scientibus obest; aliis vero, etiam scientibus nihil nocet ». Desiderii Heraldi *De rerum iudicatar. auctorit.*, Lib. I, c. 1, § 8 in « Thesaur. iur. rom. Everardi Ottonis », T. II, c. 1080.

scientemente che questo venga promosso od accettato da un cointeressato secondario; allora *scientia nocet* all'interessato principale.

Anche qui abbiamo tre esempi a spiegazione del principio. Il primo è quello del creditore pignoratizio che lascia scientemente sostenere al debitore il giudizio su la proprietà del pegno (Sto alla lezione: *creditor* ... *debitorem*, chè altrimenti mancherebbe il nesso con le parole: *de iure, quod ex persona agentis habuit* . . . .). — Il secondo esempio è quello del suocero che sostiene il giudizio su la dote data al genero. — Il terzo è finalmente quello del venditore il quale, dopo venduta la cosa, vi sostiene su, sciente il compratore, un giudizio. Or bene: in questi altri casi le sentenze emanate contro il debitore, il suocero, il venditore fanno stato contro le persone principalmente interessate, cioè contro il creditore, il genero, il compratore, che, pur sapendo del giudizio, non v'intervennero in alcun modo.

Ben è vero che alcuni respingono questa conclusione, argomentando dall'esempio del liberto che, *me interveniente*, vien dichiarato servo o liberto altrui. Non basterebbe adunque per costoro la scienza a far sì che la sentenza potesse opporsi al terzo, ma sarebbe necessario il suo intervento e l'abbandono della difesa o dell'azione al cointeressato secondario (1). Ma se noi male non ci apponiamo, l'esempio del liberto non attenua per nulla la forza della regola: « *Sententia nocet*

---

(1) Cfr. Lai, *Della identità di persona per gli effetti della cosa giud.*, p. 126.

ei qui sequentem agere passus est », perchè Macro appunto fa tutt'una cosa della *scientia* unita alla *patientia* e dell'intervento. Ma perchè ciò ?

La ragione giusta, secondo noi, l'ha data l'Ehrlich. Perchè altrimenti l'interessato principale si metterebbe nella comoda posizione di poter conformare la sua condotta a seconda della piega che pigliasser le cose (1). In caso di vittoria del cointeressato secondario, vorrebbe cioè stare alla sentenza da questo ottenuta; in caso di soccombenza, non mancherebbe in vece di voler rimettere in campo la questione. A scanso di ciò, la legge adunque fa conto che per volontà dell'interessato principale siasi giudicato del diritto che egli acquistò da colui che ha sostenuto il giudizio. E così obbliga l'interessato principale ad uscire da ogni equivoco, ed a pigliare una posizione netta (2).

In altri termini: anche qui la legge assimila il silenzio ne' suoi effetti al consenso, perchè nè meno qui la frode riesca a celarsi nel silenzio. Messici su questa via, speriamo di poter procedere più spediti; i luoghi delle fonti che esamineremo nel capitolo seguente ci faranno anzi convinti che non si può sceglierne una diversa (3).

---

(1) Ehrlich, o. c, p. 224: « ... auch hier benutzt die Partei eine unklare Situation, um je nach der nachträglichen Gestaltung derselben ihren Entschluss zu fassen ».

(2) Solo in questo senso si può accogliere l'idea del *mandato tacito*, con la quale molti (basti per tutti citare il Gogliolo, *Trattato teor.-prat. della eccez. di cosa giudic.*, p. 355) si spiegano il frammento di Macro.

(3) Ci proponiamo d'esaminare in uno scritto speciale, se ed in quanto la teoria del giureconsulto Macro, esagerata dagli scrittori medioevali, trovi applicazione nel diritto nostro. V. intanto oltre la citata monografia del Lai, nostro indimenticabile maestro, quella più recente dell'avv. E. Fortunato: « *L'autorità della cosa giudicata rispetto agli aventi causa a titolo particolare.* » Estr. dalla *Critica forense*, anno I, fasc. IX e X.

V.

Il silenzio dev'essere negli effetti equiparato al consenso, quando a far altrimenti si darebbe facile gioco alla frode. — Applicazioni di questo principio. — Non si dà luogo al S. C. *Macedoniano* se il *filius familias* contrae un mutuo di danaro senz'ordine sì, ma sempre a saputa del padre. Fr. 12, fr. 16 *De S. C. Maced.* 14, 6. — Il rescritto del divo Pio, di cui é parola nel fr. 17 § 1 *De usur.* (22,1) nega al creditore il diritto di chiedere gl'interessi arretrati non perchè egli abbia a lungo taciuto, ma perchè ormai non può più chiederli senza taccia di mala fede. — I fideiussori del tutore che mostrano di voler rispondere della sua buona amministrazione, non ostante il loro silenzio restano obbligati come se avesser promesso nella prescritta forma solenne. Fr. 4 § 3 *De fideiuss.* 27, 7. — Quando di più coeredi uno venda i fondi ereditari, e gli altri assistano in silenzio alla vendita, sono tenuti tutti dell'evizione. Fr. 12 *de evict.* 21, 2. — Responsabilità del venditore che a disegno non faccia conoscere al compratore il proprietario vicino. Fr. 35 § 8 *De C. E.* 18, 1. — Riconduzione tacita. Fr. 13 § 11 *Locati* 19, 2. — Il locatore che tollera, contrariamente al *propositum* l'introduzione di cose preziose nel suo magazzino di deposito, s'intende abbia rinunziato al *propositum* stesso. Fr. 60 § 6 *ivi.* — Il debitore il quale lascia che altri faccia fideiussione per lui è tenuto di fronte al fideiussore dell'*a. mandati.* Fr. 6 § 2 *Mandati* 17, 2. — Il silenzio di colui al quale si dà un mandato non può nè deve interpretarsi come accettazione. Fr. 8 § 1 *De procurat. et defens.* 3, 3. — Il padrone è tenuto dell'*a. tributoria*, se lascia che lo schiavo intraprenda col peculio operazioni commerciali. Fr. 1 § 3 *De trib. act.* 14, 4. — Il pupillo è tenuto delle obbligazioni contratte dal suo *institor*, perchè così vogliono le esigenze del commercio non meno che l'interesse dello stesso pupillo. Fr. 11 pr. *de inst. act.* 14, 3. — Chi non impugna il *laudum* entro i dieci giorni da quello in cui fu pronunziato non si può dire che lo *riconosca*, ma si deve dire che *decade* dal diritto d'impugnarlo. C. 5 pr. *de recept. arbitr.* 2, 56 (55). — Osservazioni.

Il silenzio dev'essere negli effetti equiparato al consenso, quando non si possa far altrimenti senza dar buon gioco alla frode: tale è, in fondo, la conclusione alla quale siamo riusciti nel capitolo precedente. Ci sarà ora facile confortarla di nuovi e più efficaci argomenti, pigliando le mosse da' contratti reali e procedendo oltre sino a venire a' patti: prova non dubbia che nel campo delle obbligazioni meglio che in qualunque altro tutta si manifesta l'importanza del nostro tema.

La generale capacità del *filius familias*, certa per diritto classico (1), fu ristretta dal senatoconsulto Macedoniano rispetto ai mutui di denaro. Il fatto che avrebbe dato occasione al senatoconsulto; lo scopo a cui il senatoconsulto mirò; i suoi diversi effetti, secondo che l'applicabilità ne apparisse già manifesta *in iure*, ovvero non si potesse stabilire se non previo esame de' fatti; la sua forza meno intensa in paragone di quella del senatoconsulto Velleiano: tutto ciò è troppo noto perché accada fermarcisi (2). Possiamo adunque dire senz'altro che tra' casi nei quali non si dava luogo al senatoconsulto Macedoniano (3) figurano pur questi due previsti da Paolo:

---

(1) Gaius, fr. 39 *de O. et A.* 44,7. « Filius familias ex omnibus causis tanquam pater familias obligatur, et ob id agi cum eo tanquam cum patre familias potest ».

(2) Tacito, *Ann.* 11,13. Svetonio, *Vesp.* 11 - § 7 Inst., *quod cum eo,* IV, 7. Fr. 1 pr., § 1; fr. 7 § 6; fr. 7 §§ 4, 8, 10, 14; fr. 9 pr.; fr. 11 *De Senatusc. Maced.* 14,6. Fr. 9 § 5; fr. 10 *ivi.* Fr. 8 § 3 *Ad. S. C. Vell.* 16,1. C. 9 *ivi,* 4,29.

(3) Fr. 7 § 11 e segg.; fr. 3 pr.; fr. 19; fr. 1 § 3; fr. 2; fr. 7 § 16; fr. 9 pr. *h. t.* C. 2 *h. t.* 4,28.

Fr. 12 *De S. C. Maced.* 14,6 (PAULUS, *lib. 30 ad Edictum*).

Si tantum sciente patre creditum sit filio, dicendum est cessare senatus consultum. sed si iusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus senatus consulto non erit, quoniam initium contractus spectandum est.

In entrambi i casi il *pater familias* sostiene che il figlio ha conchiuso il mutuo contro sua volontà. Ma il vero è che nel primo il mutuo non è seguito a sua insaputa, e che nel secondo egli ha revocato ad insaputa del creditore l'ordine già dato al figliuolo. In nessuno dei due casi il padre può adunque invocare il senatoconsulto. Tralasciando il secondo perchè non ci riguarda, restringiamoci a studiare il primo in quest'altro frammento che ce lo ripresenta con maggiore evidenza di particolari:

Fr. 16 *ivi.* (PAULUS, *lib. 4 Responsorum*).

Si filius familias absente patre, quasi ex mandato eius pecuniam acceperit, cavisset et ad patrem litteras emisit, ut eam pecuniam in provincia solveret, debet pater, si actum filii sui improbat, continuo testationem interponere contrariae voluntatis.

Nulla di più preciso. Un figlio di famiglia in assenza del padre riceve del denaro a mutuo quasi per mandato di lui, dichiarandosene per iscritto debitore. Dopo ciò, scrive al padre che paghi quel denaro nella provincia in cui si trova. Il giureconsulto decide: se il padre non intende riconoscere l'operato del figlio, deve manifestare senza indugio la sua contraria volontà.

Egli è adunque evidente che così nel primo caso del fr. 12, come in questo meglio determinato

del fr. 16, Paolo eguaglia negli effetti il silenzio al consenso; ma ne è del pari evidente la ragione: in caso diverso, il padre lascierebbe dare i denari al figliuolo, salvo poi a trarre argomento dal proprio silenzio per frodare il creditore. Ma il senatoconsulto mirò a scongiurare i pericoli a' quali i mutui de' figli potessero esporre i padri: non mirò certo a mettere i padri nella comoda posizione di poter speculare a danno dei terzi. La decisione di Paolo non potrebb'essere perciò più corretta, come già notò benissimo il Donello:

« Merito Paulus hoc silentium patris pro ratihabitione habet non propter acceptas et lectas litteras de pecunia filio data, ut Bartolus putavit. Unusquisque enim litteras accipit et legit, ut cognoscat quae in his scripta sunt, non etiam ut quae scripta sunt probet. Sed quod cum . . . . solus scire possit pater, an filius sit mentitus de mandatu patris, si rogatus de eo tacet, dolo facit et aperte mendacio filii favet in necem creditoris, qui admonitus adversus filium sibi prospicere potuit. Ut in caeteris rebus nulli dolus suus lucrosus esse potest, sic in hac re nocere debebit patri, non prodesse vel ipsi vel filio. Proinde et quod ambigue factum videri potest, sic accipiemus ut ipsi noceat (1) ».

---

(1) *Opp. omnia* III, col. 719. Le osservazioni del Donello pare sfuggissero a molti scrittori a lui posteriori. Cfr. Glück, *Erläut. der Pand.*, vol. 14, p. 333. Savigny, *System.* III, p. 251. Sintenis, *Das prakt. gem. Civilrecht*, II, p. 253, n. 51. Vangerow, *Lehrbuch*, I, pag. 456. Dicasi altr'e tanto degli autori di monografie speciali. Cfr. Besier, *Dissert. academ. de ratihabit.* pag. 30 31. Loebenstern, *De Senatusconsulto Macedoniano*, pag. 36.

Al contratto di mutuo si riferisce pure non in modo esclusivo, ma per una frequente relazione, l'obbligo particolare che il debitore soleva assumere mediante stipulazione, di corrispondere gl'interessi del capitale mutuato. Perchè noi crediamo di dover esaminare qui un rescritto d'Antonino Pio, del quale Paolo ci ha conservato memoria nel

Fr. 17 § 1 *De usuris* 22,1 (PAULUS, *lib. sing. de usuris*).

Divus Pius ita rescripsit: « Parum iuste praeteritas usuras petis, quas omisisse te longi temporis intervallum indicat, quo eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet esses, petendas non putasti ».

La lettura del rescritto, scrive l'Ehrlich, dimostra come l'imperatore, appresa la questione come una pura questione di prova, giudicasse provata la volontà di rinunziare agl'interessi dal fatto che non erano stati chiesti per un lungo giro di tempo. Nè all'infuori della pazienza del creditore, niuno sa se altre circostanze concorressero a sostegno della decisione imperiale; ad ogni modo, nulla di più si ricava dal rescritto (1).

---

(1) O. c. p. 250 e segg. L'Ehrlich, a sostegno dell'opinione onde abbiam già fatto cenno a pag. 55, cita anche il fr. 69 pr. *De iure dot.* 23,3 ed il fr. 31 § 2 *De reb. auct. iud.* 42,5. Ma quanto al primo ci si consenta di chiedere: è proprio certo che il patto *de non petenda dote* si fondi lì esclusivamente su la tolleranza del marito a lasciare *post divortium* la moglie in possesso dei fondi dotali promessigli da lei medesima? Anche un nostro autorevolissimo scrittore, il Costa, lo afferma nel suo *Papiniano,* IV, p. 200-201, n. 1. Ma il dubbio in proposito è più che giustificato, perchè le particolarità del caso su cui si pronunziò il giureconsulto restano così all'oscuro, che nessuno

Che nulla di più si ricavi dal rescritto, non è esatto; foss'anche, una sana ermeneutica dovrebbe trovar qui una delle tante applicazioni del principio, che il giudice si forma liberamente il proprio convincimento in base alle speciali circostanze concrete. Ora tali circostanze possono esser ignote a noi, ma ciò non prova che non debba attribuirsi appunto ad esse quella decisione che a noi riesce esorbitante. Tanto più questo è da ammettersi, quando, come avviene qui, un accenno alle speciali circostanze concrete del caso non manca. Le parole non isfuggite all'acutezza del Ferrini: « *ut gratior apud eum videlicet esses* », sieno pur vaghe e generiche, vogliono dir sempre molto (1). Forse il creditore si astenne prima dal chiedere gl' interessi tanto per ottenere in ricambio qualcosa dal debitore, e poi, ottenutala, non si peritò di chiedergli anche gl'interessi arretrati. Ma checchè sia di ciò, certo è ad ogni modo che insieme con la prolungata acquiescenza del credi-

---

potrebbe dircele. Cfr. Cuiacii, *Comment. in lib. IV. Respons. Papin.*, col. 154-155. Rispetto poi all'altro fr. osserviamo che se i creditori ereditari non possono più esigere la cauzione dall'erede, ciò proviene dal fatto che essi non l'hanno chiesta entro il quinquennio dall'adizione dell'eredità. Infatti anche il *beneficium separationis bonorum* non può esser più chiesto *post multum temporis,* il che s'ha da intendere nel senso spiegato dallo stesso Ulpiano nel fr. 1 § 13 *De separat.* 41,3: « Quod dicitur, post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium post aditionem numerandum separatio non postuletur ». Ma se è così, non si può dire con l'Ehrlich che i creditori abbiano *rinunziato* al loro diritto: essi ne sono *decaduti.* — Cfr. *Cod. civ. it.*, art. 2057.

(1) Ferrini, *Le presunzioni in dir. rom.*, in « Riv. ital. per le scienze giur. » vol. 14 (1892), pag. 272-278.

tore dovettero concorrere altre circostanze, e tutte tali da far convinto l'imperatore, e con lui ogni onesto uomo, che il creditore ormai non potesse più chiedere gl'interessi arretrati senza peccare di poca lealtà. (1) — Passiamo a' contratti verbali.

Par strano che altri potesse obbligarsi *verbis*, pure astenendosi dal pronunciare le parole all'uopo prescritte; tuttavia il favore di cui meritamente godevano i pupilli legittimò anche questo strappo al rigore del diritto, come si rileva dal

Fr. 4 § 3 *De fideiuss.* 27,7 (ULPIANUS, *lib. 36 ad Edictum*).

Fideiussores a tutoribus nominati si praesentes fuerunt et non contradixerunt et nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est perinde teneri, atque si iure legitimo stipulatio interposita fuisset.

Primo dovere del tutore era di dare sicurtà di bene amministrare i beni del pupillo, salvo non fosse tra quelli che ne erano dispensati. Ciò il tutore faceva mercè *satisdatio*. Il tutore per tanto cominciava dall'obbligarsi egli stesso per via di stipulazione; era interrogato, p. es., in questi termini: *Promittisne rem pupilli salvam fore ?* Egli rispondeva: *Promitto*. Ed allora presentando i fideiussori, costoro alla loro volta erano interrogati: *Fidejubesne rem pupilli salvam fore ?* Eglino rispondevano: *Fidejubeo*, e rimanevano obbligati come

---

(1) Il nostro *Codice*, mediante l'istituto della prescrizione quinquennale, ha generalizzato il principio del fr. 17 § 1 *de usur.* 22,1, tagliando così corto ad ogni incertezza. *Cod. civ.*, art. 2144.

garanti. Le interrogazioni, o, a dir meglio, le stipulazioni dovevano esser fatte o dal pupillo stesso, o da uno schiavo per lui, fosse lo schiavo o proprio del pupillo o pubblico (1).

Or bene: nulla di tutto questo avviene nel caso nostro. I fideiussori sono alla presenza del tutore, ma non rispondono ad interrogazione alcuna: lasciano solo senza protestare che i loro nomi vengano inscritti negli atti pubblici. E tuttavia restano obbligati, come se espressamente si fossero costituiti mallevadori della buona amministrazione del tutore. Ma se così non fosse, i fideiussori potrebbero anche far tra sè e sè questo bel conto: o il tutore amministra bene, e noi potremo dire d'esser stati deferenti verso di lui e d'aver garantito le sostanze del pupillo; o il tutore amministra male, e noi potremo facilmente sfuggire a qualunque responsabilità dicendo d'aver taciuto. Provvida fu adunque la legge che eguagliò negli effetti il silenzio de' fideiussori del tutore all'espresso consenso, perchè la loro responsabilità non potesse risolversi, con grave jattura de' pupilli, in una vera irrisione.

Com'era da prevedersi, maggior numero di testi offre al nostro tema la dottrina de' contratti consensuali; nessuno però vince d'eleganza questo di Scevola:

Fr. 12 *De evict.* 21,2 (SCAEVOLA, *lib. 2 Responsorum).*

---

(1) Od anche da una persona designata all'uopo dal Pretore. V. fr. 2, fr. 3 *Rem pup.* 46,6.

Quidam ex parte dimidia heres institutus universa praedia vendidit et coheredes pretium acceperunt: evictis his quaero, an coheredes ex empto actione teneantur. respondi, si coheredes praesentes adfuerunt nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse.

Poniamo fosser tre gli eredi: Gaio *ex semisse*, cioè per sei once dell'asse ereditario; Valerio *ex sextante*, ossia per due once; Sempronio per le quattro once rimanenti, o *ex triente*. Or Gaio vendette ad un tale tutti i fondi ereditari per un determinato prezzo, e questo andò diviso tra' coeredi proporzionalmente alla quota di ciascuno. Ma per una causa anteriore alla vendita, i fondi furono in seguito giudizialmente ritolti al compratore. Si domanda: se il compratore non ha mancato all'obbligo di far a tempo la denunzia della lite (1), potrà egli con l'*a. ex empto* rivolgersi contro tutti i coeredi per ottenere il risarcimento dei danni che gli ha cagionato la sofferta evizione?

La risposta di Scevola è affermativa. Ogni coerede, in proporzione della parte che tacitamente ha venduto, sarà dunque obbligato a risarcire *ex aequo et bono* il compratore. Nè il giureconsulto bada a ciò che il prezzo è andato diviso *pro rata* tra' coeredi, ma si re-

---

(1) Fr. 29 § 2; fr. 51 § 1; fr. 53 § 1; fr. 55 § 1; fr. 56 § 4 e segg.; fr. 59; fr. 62 § 1; fr. 63 § 1 *De eviction.* 21,2. C. 7, 8, 9, 14 *De eviction.* 8,45. Quanto all'espressione *auctorem laudare* che occorre in parecchi de' testi citati, ricordisi il passo di Gellio II, 6, 16: « Laudare significat prisca lingua nominare appellareque. Sic in actionibus civilibus auctor laudari dicitur, quod est nominari ». — Cfr. *Cod. civ. it.*, art. 1497.

stringe unicamente ad osservare che la vendita fu conchiusa alla presenza di Valerio e di Sempronio senza che costoro elevassero alcuna protesta. Laonde noi non esitiamo ad attribuire a' compilatori l'inciso: « *et coheredes pretium acceperunt* »: tanto più che a lasciare quell'inciso, le parole *evictis his* del seguito restano troppo staccate da quella alla quale evidentemente si riconnettono *(praedia)*. L'interpolazione, del resto, è stata già avvertita, e prima che da altri noi crediamo dal Cuiacio, perchè egli, parlando dei due ultimi coeredi, esce in queste precise parole: « Tacuisse et interfuisse, meo quidem animo, satis est, etiamsi pretii partem a coherede semissario, qui palam praedia omnia hereditaria vendidit, nondum acceperint » ([1]).

Resta così solo a vedersi perchè Valerio e Sempronio, quand'anche non abbiano ricevuto ancor nulla del prezzo, siano pur sempre tenuti dell'evizione se furono presenti al momento della vendita, nè protestarono.

Quella intanto del Simoncelli non ci pare una ragione sufficiente ([2]). Anzi, almeno in parte, si ritorce contro di lui, perchè se i compilatori non pensarono, potè benissimo pensare Scevola ad un'assoluta inazione da parte de' coeredi. Nè il « *praesentes adfuerunt nec dissenserunt* » può considerarsi come un'evidente parafrasi di « *consenserunt* » non pure perchè lo stile di Sce-

---

(1) Cuiacii *in Lib. II Respons. Cervid. Scaevol. Commentar.*, ad. h. l.

(2) Simoncelli, *Il silenzio nel dir. civ.*, p. 17.

vola è nei responsi di una efficacissima brevità [1], ma più e più perchè se i coeredi avessero esplicitamente consentito, la questione non che mettere a prova la sagacia di Scevola non sarebbe neppur nata. Siamo tuttavia d'accordo col Simoncelli, quando scrive che il « *praesentes fuerunt nec dissenserunt* » è ad ogni modo qualcosa di più del semplice silenzio. Se non che è appunto questo « qualcosa di più » che bisogna mettere in evidenza.

Noi l'abbiamo già fatto intendere, ma or giova dirlo esplicitamente: il *bonus vir*, l'uomo davvero ragionevole ed onesto, rifugge sempre dalle posizioni ambigue: solo gli uomini di mala fede ci si trovano a loro agio. Per la qual cosa se un *bonus vir* si fosse trovato al posto di Valerio o di Sempronio, non avrebbe fatto a meno di dichiararsi. Se essi in vece preferirono tacere, è probabile ragionassero così: — O i fondi son davvero ereditari, e noi saremo sempre a tempo a chiedere a Gaio la parte del prezzo che ci spetta; o un terzo nella peggio delle ipotesi li rivendica a buon diritto come suoi, e noi potremo comodamente levarci da ogni impiccio, non avendo nè aderito alla vendita, nè ottenuto ancor nulla del prezzo. Sicuri così in ogni evento, non dobbiamo intanto lasciarci sfuggire l'occasione di vendere i fondi ora che un compratore c'è. Ma non giova far

---

(1) A dar un'idea del laconismo di Scevola ricordiamo il fr. 60 pr. *Mand.* 17,1: « Creditor mandatorem convenit, is condemnatus, provocavit. Quaerendum est, an manente appellatione debitor a creditore conveniri potest ? Respondi, posse ». Cfr. Ferrini, *Storia delle fonti del dir. rom.*, p. 81.

costui partecipe dei nostri dubbi su la pertinenza dei fondi all'eredità, perchè altrimenti la vendita ne andrebbe a monte. Il meglio è adunque assumere un contegno che non distorni il compratore, nè metta noi in pericolo. — Inteso così il frammento di Scevola, è chiaro che il giureconsulto non poteva dar modo a' due furbi coeredi di diminuire la garanzia su la quale contò il compratore prima di risolversi ad acquistare i fondi.

Nel nostro modo di vedere ci conferma un altro luogo delle fonti in cui si fa il caso d'un venditore che tace per lo stesso scopo, cioè perchè il compratore non deponga il pensiero dell'acquisto.

Fr. 35 § 8 *de contr. empt.* 18,1 (GAIUS, *lib. 10 ad Edictum provinciale*).

Si quis in vendendo praedio confinem celaverit, quem emptor si audisset, empturus non esset, teneri venditorem.

L'artificio doloso consiste qui nell'aver taciuto al compratore il nome del proprietario vicino. Come suona l'antico adagio, è in fatti sempre un male quel d'avere un cattivo vicino: *aliquid mali propter vicinum malum* [1]. Di qui la responsabilità del venditore.

Procedendo oltre, eccoci al notissimo caso della riconduzione tacita. Ulpiano ne discorre con tanta chiarezza, che occorre poco più che tradurne il testo. È il fr. 13 § 11 *Locati* (19,2).

---

(1) V. l'erudita nota di Dionigi Gotofredo, *ad hanc legem*.

Se il conduttore adunque rimane al godimento del fondo dopo spirato il termine della locazione, questa s'intende rinnovata alle stesse condizioni di prima [1]. Ma mentre le ipoteche ed i pegni che il conduttore diede su le cose proprie continuano a sussistere anche per la nuova locazione, non avviene altr'e tanto delle garanzie che avesse dato su le cose altrui [2]. La ragione della differenza sta in ciò che siccome il fatto d'esser rimasto al godimento del fondo è esclusivamente proprio del conduttore, così non possono derivarne conseguenze che non si restringano a lui. Conseguentemente è logico che non restino vincolate le cose del terzo, se costui di bel nuovo nol consenta. Nè occorre dire che è possibile la riconduzione anche d'un fondo appartenente ad un municipio, perchè se il municipio è per sè stesso un essere fittizio privo di volontà, si considera come sua la volontà dei *municipes,* ossia de' suoi rappresentanti.

Ancora. La riconduzione tacita importa il rinnovamento della locazione, ma non per un'eguale durata. Così un fondo rustico dato in locazione per il termine solito di cinque anni [3], non si potrà riaverlo in

---

(1) Cfr. *Cod. civ. it.,* art. 1592, 1610, 1624, 1664. Riguardo a quest'ultimo art. notiamo che la colonia parziaria è piuttosto un contratto di società che una locazione vera e propria. Fr. 25 § 6 *Loc.* 19,2. V. Waaser, *De colonia partiaria.*

(2) Cfr. *Cod. civ. it.,* art. 1594.

(3) « In id tempus veteres solebant locare praedia » scrive il Gotofredo, in nota al fr. 24 § 2 h. t. V. pure fr. 9 § 1 h. t.; fr. 25 § 4 *sol. matrim.* 24,3; fr. 30 § 1 *De leg.* III (32).

tacita riconduzione se non anno per anno; bene inteso, se annualmente se ne raccolgano i frutti ([1]). Ma riguardo a' fondi urbani *alio iure utimur:* la locazione non se ne può intendere rinnovata se non per quel tempo che dura il tacito consenso delle parti, atteso che i fondi urbani, diversamente da' rustici, prestano godimento ad ogni ora, ad ogni istante ([2]).

Fin qui Ulpiano, nè noi esitiamo a riconoscerlo: il giureconsulto si spiega la riconduzione tacita, interpretando appunto il silenzio delle parti come consenso: « *hoc enim ipso quo tacuerunt, consensisse videntur* ». Ma una tale interpretazione non si può dire qui arrischiata, perchè si può desumerla nitida ed intiera dal precedente rapporto tra le parti. Notisi tuttavia: la riconduzione, come quella che è un nuovo contratto di locazione, impone di badare non meno al locatore che al conduttore ([3]). Ora riguardo a quest'ultimo, il continuare nel godimento è un fatto più concludente della stessa parola. La difficoltà è adunque inerente solo alla *taciturnitas* del locatore. Ma se la legge non avesse riconosciuto l'istituto della riconduzione tacita, non è forse vero che

---

(1) Così Bartolo *ad h. l.* — Cfr. *Cod. civ. it.*, art. 1622.

(2) Le ultime parole, nelle quali non manca il solito *nisi*, furono aggiunte da' compilatori. V. pr. Inst., *de emtione* 3,23; c. 17 *De fide instrum.* 4,21. — La locazione conchiusa per iscritto non impedirebbe oggi la tacita riconduzione.

(3) In conseguenza della tacita riconduzione continua di fatto il preesistente rapporto, ma ciò non vuol dire che essa non costituisca un *nuovo* contratto. V. fr. 14 h. t. C. 16 h. t. 4,65 Arndts-Serafini, *Pandette*, § 313, nota 3, lett. *b*.

il locatore potrebbe anche dopo spirato il termine della locazione invitar il conduttore a cedere il posto ad un nuovo conduttore che gli offrisse patti più vantaggiosi? Ammessa la possibilità del caso, è pure ammesso che il locatore in attesa del nuovo conduttore potrebbe tener a bada l'antico, ed è pienamente giustificata la legge che vuol protetto il conduttore anche da ogni poco probabile sotterfugio. Tanto più adunque doveva proteggerlo nel caso che segue:

Fr. 60 § 6 *Locati* 19,2 (LABEO *Posteriorum lib.* 5 *a* IAVOLENO *epitomatorum*).

Locator horrei propositum habuit *se aurum, argentum, margaritam non recipere suo periculo*; deinde cum sciret has res inferri passus est. proinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si [propositum non habuisset, quoniam quod] propositum fuit remissum videtur.

Un proprietario di magazzino di deposito, mediante avviso esposto fuori al pubblico, fa noto di non voler ricevere nè oro, nè argento, nè perle. Tralasciamo le parole « *suo periculo* » perchè se il locatore le avesse aggiunte all'iscrizione, egli avrebbe potuto benissimo lasciar introdurre nel magazzino oro ecc., senza assumerne il rischio. « Quid enim vetat — osserva qui con tutta ragione il Fabro — utrumque subsistere, ut et hujusmodi res pretiosiores inferantur, nec tamen locatoris periculo sed conductoris? » [1]. — Le parole « *suo periculo* » per noi indicano piuttosto la ragione che tratteneva il locatore dal ricevere cose preziose.

(1) Fabri, *Rationalia in Pandect*, *ad. h. l.*

Eliminata questa difficoltà la quale conduce il Ranelletti a tacciare d'esagerata la decisione di Labeone, noi, contrariamente al Simoncelli, possiamo spingerci fino ad ammettere l'inazione assoluta da parte del locatore, riuscendo così alla nostra solita conclusione [1]. La legge cioè assimila qui negli effetti la tolleranza del locatore alla rinunzia al *propositum*, perchè egli non possa trarre dal suo silenzio argomento a difendersi di non aver fatto una buona custodia [2].

La locazione può rinnovarsi, ma il mandato può sin dalle prime conchiudersi tacitamente. Il mandato « *originem ex officio atque amicitia trahit* », e questa sua origine la rivela sempre; ma non mai quanto nel caso che il mandatario, quasi precorrendo il desiderio del mandante, assuma l'incarico prima anche che il mandante esplicitamente ne lo richieda. A tal caso appunto si riferisce questo frammento:

Fr. 6 § 2 *Mandati* 17,1 (ULPIANUS, *lib. 31 ad Edictum*).

Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio [3].

---

(1) V. Ranelletti, o. c. p. 25 in nota; Simoncelli, *Il silenzio nel dir. civ.*, p. 17-18.

(2) C. 28 h. t. « In iudicio tam locati quam conducti, dolum, et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat ». Su la teoria della custodia, anche con riguardo al diritto romano, v. la memoria del Simoncelli in « Riv. it. per le sc. giur. » vol. XIV (1892), p 3 e segg.

(3) V. anche fr. 18, fr. 53 h. t; fr. 60 *De reg. iur.* 50,17. Quest'ultimo frammento si riconnette alla famosa controversia se la ra·

Il fideiussore, intervenendo spontaneo, non dà solo al reo una semplice prova di benevolenza, ma gli dà pur tempo e modo di meglio provvedere alle cose sue, in quanto s'assume di liberarlo nel mentre dal creditore. Par dunque che il silenzio del reo non possa qui rivelarne altro che il consenso, perchè è naturale che si accetti ciò che ci è utile; ad ogni modo, certo è giusto che il fideiussore, dopo aver pagato, abbia contro il reo l'*actio mandati contraria*. Ma perchè, ci si dica, accordare al fideiussore per ogni evento quest'azione in regresso, se non riuscisse sospetto il silenzio del reo? Come anzi interpretare benignamente il silenzio del reo in un caso in cui un uomo davvero onesto avrebbe o ringraziato il fideiussore, o l'avrebbe dissuaso dall'obbligarsi per lui?

Ad avvalorare le nostre supposizioni ci soccorre in buon punto il ricordo che tra' giureconsulti si disputava se al fideiussore, il quale fosse intervenuto a malgrado del debitore, non si dovesse almeno concedere l'*actio utilis negotiorum gestorum*. Or è noto che prevalse il partito di non dar al fideiussore in tal caso

---

tifica converta la *negotiorum gestio* in mandato. L'interpretazione più naturale che se ne possa dare, e che del resto è confermata dal fr. 60 § 1 h. t., è questa: se taluno sapendo che altri sta per fare fideiussione per lui non lo impedisce, sorge fra loro il rapporto di mandato: che se ad insaputa del debitore altri siasi assunta la fideiussione ed il debitore, venutone a conoscenza innanzi che sia seguito il pagamento, ratifica, in tal caso è tenuto dell'*actio mandati contraria*. V. in questo senso: Bertolini, *Ratifica*, I, p. 53 e segg.; Pacchioni, *Trattato della gestione degli affari altrui*, p. 336, non che gli autori da loro citati.

alcuna azione (1). Era dunque a temersi che anche il debitore, il quale avesse assistito in silenzio all'intervento del fideiussore, non volesse passare per *invitus:* tanto più che quando si parla di mandato, si presuppone d'ordinario il fatto, l'azione d'uno che affidi altrui un incarico; non il contegno indifferente, passivo di chi tralascia di dichiararsi (2). Di qui la decisione già riportata d'Ulpiano e quest'altra di Paolo:

Fr. 40 *ivi* (PAULUS, *lib.* 9 *ad Edictum*).

Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est, sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.

---

(1) Cfr. c. 24 *de negot. gest.* 2,18 (19), nè ci sfugga che Giustiniano deroga, com'è naturale, alla sua rigida norma nel caso di silenzio doloso del *dominus*. Su la *negotiorum gestio prohibente domino,* v. specialmente: Ogonowski, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag.* Scialoja, *Della negotiorum gestio prohibente domino ed in ispecie dell'azione in regresso del terzo che paghi un debito altrui contro la volontà del debitore* (Estr. dal « Foro italiano » anno XIV, fasc. XVI). Pacchioni op. cit., p. 669 e segg.

(2) Ciò è tanto vero che v'è chi, commentando l'art. 1738 del *Cod. Civ.*, ritiene impossibile che il vincolo giuridico di mandato possa sorgere dalla perfetta inazione del mandante. Così, per es., il Vighi o. c., p. 114, n. 1. Intanto il fr. in esame ci dimostra la possibilità del caso (cfr. *Cod. civ.*, art. 1901). Nè ce la dimostra meno, per quanto a noi pare, l'art. 1840 relativo al deposito. L'ipotesi prevista da quest'ultimo articolo è proprio quella côlta dal Vighi: un terzo detentore della cosa ne fa deposito a saputa e senza opposizione del proprietario. Ma se tale è l'ipotesi, ben si può scorgere tra il proprietario mantenutosi in silenzio ed il deponente un rapporto non di gestione d'affari, ma appunto di mandato. Comunque, è evidente che il silenzio del proprietario non potrebbe autorizzarlo a pigliarsela col deponente nel caso, p. es., che il depositario tradisse la fiducia in lui riposta.

Basti così del mandante. Quanto al mandatario il suo silenzio in quella che gli si affidava un incarico non poteva certo dar luogo ad alcun sospetto; era anche troppo naturale. Il mandatario doveva usare nell'esecuzione del mandato una cura maggiore che non usasse nei propri affari, e ciò non pure senza compenso, ma con la minaccia dell'infamia (1). Non si poteva dunque ritenerlo obbligato salvo che accettasse espressamente il mandato, o ne imprendesse l'esecuzione:

Fr. 8 § 1 *De procurat. et defens.* 3, 3 (ULPIANUS, *lib. 8 ad Edictum*).

Invitus procurator non solet dari. invitum accipere debemus non eum tantum qui contradicit, verum eum quoque qui consensisse non probatur (2).

Per naturale connessione non si può discorrere del mandato civile senza in pari tempo pensare al mandato commerciale, e quindi alle *actiones adiectitiae qualitatis.* C'incontriamo così di nuovo nel Persico al quale nel frammento seguente par di scorgere nettamente delineato da Ulpiano il passaggio della *scientia* da pura passività mentale *in voluntas*:

---

(1) Fr. 1 § 4 *Mand.* 17,1; fr. 23 *De reg. iur.* 50,17; c. 13 *Mand.* 4,35; fr. 1 *de his qui not. infam.* 3,2. — Secondo il *Cod. civ. it.* la gratuità è un elemento che si riferisce alla natura, non all'essenza del mandato (art. 1737-1739). Quanto alla responsabilità del mandatario relativamente alla colpa, v. art. 1746.

(2) Argomentando dal *procurator,* non vogliamo confonderlo col semplice mandatario. Carattere distintivo del primo era la continuità o permanenza del suo ufficio o servizio. V. Scialoja, in *Cultura,* I, num. 10, p. 428 e segg. Id, in *Studi per l'VIII centenario dell'univ. di Bologna,* p. 238 239. Lenel, *Iahrb. f. Dogm.,* 31, p. 55 e segg. Cfr. Pernice, *Labeo,* I, p. 492 e segg.

Fr. 1 § 3 *de trib. act.* 14,4 (ULPIANUS, *lib.* 29 *ad Edictum*).

Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem. sed, ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle. si igitur scit et non protestatur, et contra dicit, tenebitur actione tributoria.

Lo schiavo non mette in commercio tutte o parte delle cose comprese nel peculio per autorizzazione che ne abbia avuto dal padrone. Costui però ne è a notizia, ma non gliene fa espresso divieto. Or tanto basta perchè il padrone non abbia più facoltà di prelevare i propri crediti. Egli deve in vece contentarsi di concorrere cogli altri creditori, come se fosse un estraneo qualunque. Ed ove per poco s'attenti a pigliare dalle merci peculiari più di quanto proporzionalmente gli spetti, gli altri creditori potranno ben convenirlo con l'*actio tributoria*. O che il padrone autorizzi, o che solo tolleri le operazioni commerciali dello schiavo, il risultato ne è adunque identico: se nel primo caso il padrone è consenziente, nel secondo bisogna considerarlo come tale. Ma perchè l'Editto avrà ritenuto sufficiente la *patientia* del padrone per dichiararlo tenuto dell'*a. tributoria*? (1)

---

(1) Fr. 9 § 2 e segg. *de pecul.* 15,1; § 3 Inst, *quod cum eo,* 4,7. — Formula: « *Si paret Aulum Agerium cum Sticho, sciente Numerio Negidio cujus in potestate Stichus tum fuit, peculiaris mercis nomine negotiatum esse, quanto ex ea merce quodque eo nomine receptum est dolo malo Numerii Negidii minus tributum est quam ex edicto Praetoris tribui oportet, tantam pecuniam judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret, absolve* ». Cfr. Rudorff, *Edict. perpet.*, § 103.

Le cose già discorse ci scoprono la ragione. Perchè altrimenti o le operazioni commerciali dello schiavo sortivano buon esito, ed il padrone non avrebbe avuto di che lagnarsi; o riuscivano a male, ed egli, sotto il pretesto di non aver voluto, avrebbe preteso l'integrale soddisfacimento delle proprie ragioni a tutto danno degli altri creditori. Lo stesso ragionamento è applicabile al caso di cui è parola nel

Fr. 11 pr. *De inst. act.* 14, 3 (Ulpianus, *lib. 28 ad Edictum*).

Sed si pupillus heres exstiterit ei, qui praeposuerat, aequissimum erit, pupillum teneri, quamdiu praepositus manet: removendus enim fuit a tutoribus, si nollent opera eius uti.

I tutori avrebbero dovuto rimuovere l'institore, se non volevano servirsi dell'opera sua. Ma se, forse in omaggio alla memoria del defunto, lo hanno lasciato alla direzione del negozio, nè meno in nome de' pupilli, pur tanto favoriti, si può far oltraggio alla buona fede, anima della vita commerciale. In caso diverso, come ha notato acutamente il Fabro, il danno finirebbe col ricadere sugli stessi pupilli, perchè tutti si guarderebbero bene dall'entrare in rapporti co' preposti a' loro negozi ([1]).

---

(1) Fabri *Ration. in lib. XIV Pandect., tit. III,* ad h. l. Cfr. fr. 17 § 2 h. t.; fr. 24 § 1 *De minor.* 4,4; fr. 6 § 10, *quae in fraud. credit.* 42,8. Notevolissima la sentenza di Labeone ricordata in quest'ultimo frammento: « Pupilli ignorantia, quae per aetatem contingit, non debet esse captiosa creditoribus, et ipsi lucrosa ».

Giunti qui, accenniamo appena a quello che alcuni chiamano « passivo riconoscimento della sentenza arbitrale ». È noto che a Roma solevasi dar forza al compromesso mercè la stipulazione d'una pena per il caso d'inadempimento, ed è pur noto che il compromesso entrò nella classe dei *patti* così detti *legittimi* in conseguenza d'una costituzione di Giustiniano per la quale qualora il lodo non venisse impugnato nei dieci giorni successivi alla sua pronunzia, il riluttante ad osservarlo poteva esservi costretto mediante un' *actio in factum*. Or bene: noi ci siamo già spiegati in proposito. Per noi la parte che non impugna in termine utile il lodo non si può dire che lo *riconosca*, ma si deve dire che *decade* dal diritto d'impugnarlo. Tra giudizio e compromesso corrono delle differenze che qui è inutile ricordare, ma nello scopo convengono perfettamente; solo il compromesso può raggiungerlo più presto e meglio: « Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur, et ad finiendas lites pertinet ». (Fr. 1 h. t. 4, 8). Un principio d'ordine superiore giustifica adunque l'obbligatorietà del compromesso non impugnato, nè quindi è a ricercarsi se la parte rimastasene inerte lo abbia riconosciuto o no (1).

Ancora pochi cenni riassuntivi sul diritto delle obbligazioni, salvo poi a ristudiare brevemente il nostro

---

(1) C. 5 pr. *de receptis* 2,55 (56). Nov. 82, c. 11. Relativamente al diritto classico, v. Bertolini, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il dir. rom.*, p. 16, ed i testi ivi raccolti. E per una minuta distinzione tra giudizio e compromesso, v. Rittershutii *Expositio methodica Novellarum*, col. 639 e segg.

tema per diritto moderno. — Il *bonus vir* piglia sempre una posizione netta. Lo stesso suo silenzio è sempre una dichiarazione espressa di volontà, perchè quando egli vuole che il suo silenzio valga consenso ha cura di prevenirne l'altra parte (1). Gli uomini di mala fede preferiscono in vece le posizioni ambigue. Essi non mancherebbero mai di celare nel silenzio i loro rei disegni se la legge non vi ponesse riparo. Ma siccome la legge non può preveder tutti i casi perchè la vita giuridica mal può compendiarsi nei relativamente pochi articoli d'un codice, così urge avere un criterio al quale inspirarsi nella soluzione de' casi non previsti.

Un tale criterio sarà sempre quel della buona fede, ed è vano cercarne altro (2). Ma il criterio della buona fede non è, nè può essere, qualcosa di definito. Ristrettivamente al nostro tema solo si può dire che non è lecito tacere al fine di speculare a spese altrui, ed è questa la massima alla quale abbiamo alluso nell'introduzione al nostro lavoro. Ma non si può procedere più in là, ossia non si può cristallizzare il criterio della buona fede in formole rigide, pretendenti a matematica

---

(1) Nota il Fadda: « Oltre ai gesti e ai segni, persino il silenzio può dalla convenzione delle parti essere scelto come mezzo di dichiarazione della volontà; e allora, per quanto la cosa possa sembrare paradossale, si ha nel silenzio una forma di dichiarazione espressa ». Vedine le *Lez.* racc. dal Ferrara, p. 65, p. 160. — Lo stesso osserva il Hasenöhrl (*Oesterreichisches Obligationenrechet*, I, p. 619, n. 8) contro la formula accolta, oltre che da altri, dal Zitelmann (*Irrthum und Rechtsgeschäft*, p. 264) per distinguere la dichiarazione espressa dalla dichiarazione tacita di volontà.

(2) Cfr. *Cod. civ. ital.*, art. 1124.

esattezza, senza togliergli quell'elasticità della quale abbiamo avuto un saggio ne' testi raccolti in questo capitolo. Or se ne' casi previsti in que' testi i giureconsulti non interpretarono il silenzio come consenso, lo assimilarono tuttavia negli effetti al consenso, appunto perchè non potesse risolversi in uno sfregio alla buona fede [1]. La dottrina de' giureconsulti trova essa applicazione nel diritto nostro? È quanto vedremo nel capitolo seguente [2].

---

(1) Su la necessità di non coartare il principio della buona fede entro formule che gli tolgano quella pieghevolezza senza la quale mal potrebbe applicarsi agli svariati casi che presenta la vita, ha replicatamente insistito l'illustre prof. Fadda. V. le note apposte da lui unitamente al Bensa alla trad. del Windscheid, I, pag. 899 e segg; le cit. sue *Lezioni,* p. 170; e finalmente la sua *Memoria,* letta alla R. Accademia di sc. mor. e pol. di Napoli: *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa.* Citiamo da quest'ultimo scritto (p. 32): « Quel tesoro di responsi che ci è conservato nel *Corpus Iuris* rappresenta il prodotto di un'esperienza tradizionale, non è già una collezione di norme rigide, ma una guida pel giudice nell'esplicazione pratica del concetto di buona fede ».

(2) Il motivo per cui le persone di mala fede tacciono mentre pure avrebbero il rigoroso dovere di parlare é d'ordinario quel di speculare a spese altrui, ed in questo senso a' testi già esaminati si può aggiungere anche la c. 5 *Ad S. C. Vellejan.* 4,29, nella quale, a proposito d'una donna che dolosamente ha taciuto, si dice che col senatoconsulto Velleiano si volle provvedere « infirmitati, non calliditati mulierum ». Ma è superfluo aggiungere che le persone di mala fede possono tacere anche solo per far altrui danno. Così, per es., nel caso del fr. 66 § 1 *de C. E.* 18,1 (cfr. Di Marzo, *Saggi crit.* cit., II, p. 104): — un venditore deliberatamente non ha fatto menzione del diritto di servitù spettante ai fondi venduti, sicchè il compratore, ignorando la cosa, finisce col perdere per non uso la servitù. Or bene: a meno d'una intesa col proprietario del fondo servente, è certo che scopo del venditore è stato solo qui quel di danneggiare il compratore. Ma tanto basta, perchè sia tenuto di dolo in base al contratto di vendita.

VI.

Risultati delle precedenti ricerche. — Differenze tra il nostro modo di vedere e quello de' più recenti scrittori che ci hanno preceduto nella trattazione del tema. — Non nella vita romana animata da un forte sentimento individualistico, ma solo nel Medio Evo e nelle relazioni tra commercianti il silenzio potè assumere ed effettivamente assunse il valore di consenso. — Non altrimenti che il diritto romano, anche il nostro diritto positivo ripetutamente assimila negli effetti il silenzio al consenso al fine d'impedire che la frode si faccia arma del silenzio. — Così si spiegano le disposizioni degli articoli 13, 70, 112 2 357 2, 383 n. 2, 432 2, 451 *Cod. comm.* — La norma esposta non è una singolarità esclusivamente propria del diritto commerciale. — Se quantunque una parte taccia, riesce tuttavia ad insinuare con dolo nell'animo dell'altra la fondata convinzione di voler conchiudere un contratto, gli articoli 1098 *Cod. civ.* e 36 *Cod. comm.* non impediscono che la seconda possa agire *ex contractu* contro la prima. — Osservazioni sul diverso modo d'intendere la sanzione stabilita dall'art. 351 *Cod. comm.* — Conclusione.

Il lavoro d'analisi che abbiamo fatto sin qui ci impone di fissare in poche proposizioni le più notevoli tra le cose già dette:

1. — Il semplice silenzio, ossia il silenzio per sè solo, non è nè si può interpretare come consenso, a

meno che non trovi una completa spiegazione nel precedente rapporto tra le parti (1).

2. — Il silenzio non è consenso, nel rigoroso significato della parola, nè meno nei rapporti di famiglia. I giureconsulti romani dovettero però tenersi in proposito paghi d'una parvenza di consenso, perchè così riuscirono a temperare, da un lato, l'esclusiva preponderanza della volontà paterna; dall'altro, ad affermare la necessità del rispetto alla volontà dei figli.

3. — Il silenzio non può importare rinunzia ad un diritto, se pure non si vuol dare il nome di silenzio all'indolenza di chi trascura d'esercitare i suoi diritti ne' modi voluti, o dentro i termini fissati dalla legge. Ma allora non si *rinunzia* al diritto, ma o se ne *decade* a dirittura, o s'incorre per lo meno in una pena (2).

---

(1) Come, per es., accade nella tacita riconduzione della quale abbiamo già discorso; nella tacita riconcessione in precario (fr. 4 § 4 *de precario,* 43,26); nella tacita trasformazione della *quasi dos* in *dos* (fr. 39 pr. *de iure dot.* 23,3); nella tacita reintegrazione della *dos* (fr. 40, ivi). Ma è superfluo avvertire che negli ultimi due casi il silenzio della donna riceve il suo preciso significato non tanto dal precedente rapporto, quanto dalla continuata o risorta *affectio.* Cfr. Czyhlarz, *Das röm. Dotalrecht,* p. 164 e segg. Petroni, *La funzione della dote rom.,* p. 163 e segg.

(2) Non si può dire altrimenti senza rimproverare i Romani d'inesattezza, come appunto fa il Bertolini rispetto agli atti che si convalidano pel decorso del tempo entro il quale la legge abbia limitato il diritto d'impugnarli o di farne valere la nullità. Or bene: è lecito allora parlare di ratifica? Uno scrittore accurato come il Bertolini, non poteva che rispondere negativamente, ma poi soggiunge: « Non sembra però che i Romani sieno stati molto esatti su questo punto. Paolo dice apertamente: Si major effectus rem, quam minor egit, pacto *vel silentio comprobavit,* adversus hoc quoque in

4. — Il silenzio doloso, ossia non il semplice silenzio, ma quello mantenuto nei rapporti contrattuali al fine d'abusare dell'altrui buona fede, dev'essere negli effetti assimilato al consenso (1). Le circostanze concrete del caso, valutate col criterio della buona fede, metteranno facilmente in chiaro se trattisi di silenzio semplice ovvero di silenzio doloso.

E così le nostre conclusioni sono abbastanza piane. Mentre il Savigny dice che per regola generale il semplice silenzio non è consenso, noi diciamo che non è consenso mai. Mentre il Ranelletti stabilisce due principî sommi valevoli, secondo lui, a comprendere tutti i casi nei quali per effetto del semplice silenzio si resterebbe obbligati *(lato sensu)*, noi vogliamo sempre ri-

---

integrum restitui frustra desiderat ». (*Sent.* 1, 9, 3; cfr. Bertolini, *Ratifica*, II, p. 54,55). — Quanto a noi, teniamo a ripetere che la frase di Paolo e le altre simili che occorrono nelle fonti si debbono intendere in questo senso: Chi trascura d'esercitare i suoi diritti, *sibi imputet* se finisce col perderli; astrazion fatta da ogni indagine su le sue intenzioni, il suo *silentium*, la sua *taciturnitas* staranno sempre contro di lui. Gl'imperatori bizantini, che certo non possono essere rimproverati di troppa concisione, ci pare s'accostino al nostro modo d'esprimerci. V., per es., c. 7 in f. *de his qui a non dom. manum.* 7,10. — Col luogo cit. delle sentenze di Paolo cfr. *Cod. civ. it.*, art. 1300.

(1) Esattissimamente il Segrè: « Ma al solito, dal punto di vista dei romani, più che una manifestazione di volontà, si ha anche nel silenzio un comportamento che in certe condizioni è a questa assimilato nelle sue conseguenze ». *Studi sul concetto del negozio giurid. secondo il dir. rom. e il nuovo dir. germ.*, p. 90,91. — Torni gradito al chiarissimo professore dell'Ateneo di Messina il saluto de' suoi antichi e sempre memori discepoli, come pur quello del modesto collega.

spettata la libertà dell'individuo, salvo che egli non assuma un contegno riprovevole. Mentre il Simoncelli si restringe a considerare i soli casi di silenzio qualificato, la legge, per quanto a noi pare, ci dà pur modo di risolvere i casi che essa non poteva prevedere. Mentre il Bonfante estende oltre il diritto di famiglia il principio del « *non contradicere* », noi lo mostriamo esclusivamente ristretto a quel campo. Ma perchè nessuno ci rimproveri di presunzione, noi confessiamo di riconoscere da' citati Autori quel che può trovarsi di buono in queste pagine. Gli stessi loro errori, o quelli che a noi son parsi tali, ci hanno messo su la via che crediamo la giusta. La riputiamo poi tale, perchè ci ha condotto a risultati identici a quelli a cui si può venire, come subito vedremo, per diritto moderno. Ciò del resto è ben naturale. Come presso tutti i popoli forti davvero, il concetto romano di persona è strettamente individualistico (1), mentre per dare al semplice silenzio il valore di consenso bisogna esagerare i concetti opposti di mutua integrazione e di reciproco aiuto, come appunto si faceva nel Medio Evo nelle relazioni tra commercianti.

Nel Medio Evo i commercianti, riuniti in corporazioni, sentivano così forte il vincolo della solidarietà, che consideravano come obbligatoria l'accettazione d'un incarico, come dovere non di morale nè di cortesia ma rigorosamente giuridico quel di rispondere ad

---

(1) Cfr. Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, p. 27 e segg.

una proposta; un commerciante, come benissimo scrive l'Ehrlich, era tutt'altro allora che un primo venuto per un altro commerciante [1]. Nessuna meraviglia quindi se davano al silenzio l'identico valore dell'accettazione. Ma oggi che per fortuna ci siamo liberati dalle pastoie medio-evali, le cose vanno e devono andare diversamente. Siamo anzi venuti a tal punto, come scrive il Vivante, che non è tanto la buona fede dell'offerente, quanto la libertà di chi riceve le offerte che ha bisogno di caute difese [2]. Viviamo in fatti in una società che ci cerca e ci trova da per tutto.

Ma se ciò è vero, è pur verissimo che nè meno tacendo può esser lecito insidiare all'altrui buona fede. Il nostro Codice di commercio provvede efficacemente all'uopo, ed è bello il vedere come molte sue disposizioni nel loro spirito s'accordino mirabilmente con quelle che poco fa abbiamo studiato di diritto romano. Badisi per altro che noi ci riferiamo al Codice di commercio non per altro se non perchè nel campo delle relazioni mercantili il principio della *fides bona* s'impone con maggiore energia, ma resta sempre inteso che anche nel campo dei meri rapporti civili a quel principio bisogna pure far capo. Gli esempi renderanno più manifesto il nostro pensiero.

La moglie può integrare la propria capacità, li-

---

(1) Ehrlich, o. c., p. 175. Cfr. Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, 3.ª ed., I, p. 371, nota 49. Grünhut, *Kommissionshandel*, p. 83 e segg.

(2) Vivante, *Tratt. di dir. comm.*, III, p. 29.

mitata dal matrimonio, divenendo commerciante anche con la semplice acquiescenza del marito (*Cod. comm.* art. 13). Se egli che convive con la propria moglie [1], la lascia esercitare il commercio senza opposizione, non si può far a meno di reputarlo consenziente: si presterebbe un'arma alla frode se si concedesse al marito la facoltà d'impugnare gli atti che con la sua tolleranza dimostrò di tenere per validi. Nè il divieto del marito in tal stato di cose può sortire alcuna efficacia, se non è fatto mediante una dichiarazione registrata e pubblicata in quelle forme onde la legge fa dipendere la notorietà legale dell'atto.

Altro esempio. Il compratore di merci o derrate provenienti da altra piazza che non ne denunzia al venditore i vizi entro i prescritti termini, non è più ammesso a far reclami per i vizi stessi (*Cod. comm.* art. 70). Di quest'articolo, che consacra un principio tradizionale del nostro diritto statutario, noi non potremmo render meglio lo spirito che facendo nostre le parole dell'Ehrlich:

« Il traffico di merci si distingue dall'ordinario traffico di cose non meno economicamente che giuridicamente, al modo stesso che deve distinguersi tra cosa e merce. Chi compra una cosa, la compra per sè; chi compra una merce, la compra per poi rivenderla: chi compra una cosa, compra il valore utile; chi compra una merce, compra il valore di cambio d'un oggetto, cioè non l'oggetto come tale, ma la possibilità per esso

(1) *Cod. civ.* art. 131.

di speculare, d'ottener un guadagno, di giovarsi delle circostanze. Chi compra una merce, compra solo questa possibilità; chi fornisce una merce, fornisce solo questa possibilità. È dessa quindi, e non la cosa corporale nella quale s'individua la merce, l'oggetto proprio, la *res* del contratto nel movimento commerciale » (1).

La vera *ratio* dell'art. 70 resta così più che spiegata. Se il compratore potesse impunemente tacere, egli, trattenendo la merce nella speranza d'un rialzo, s'approprierebbe la possibilità di speculare, d'ottener un guadagno, di giovarsi delle circostanze, salvo poi, in caso di ribasso, a restituire al venditore non più una tale possibilità, perchè pur volendo non potrebbe, ma la cosa corporale, che è quanto dire non la *res* vera e propria del contratto (2).

Ancora. I soci in nome collettivo, siano amministratori o no, non possono esercitare il medesimo

---

(1) Ehrlich, o. c., p. 189, 190.

(2) Ma le considerazioni fatte nel testo provano pure quanta ragione s'avesse il Bianchi di scrivere (in *Riv. it. per le sc. giur.*, a. 1891, p. 322,352): « La massima sancita nell'art. 54 del Cod. di comm. ha segnato una vera rivoluzione nella sfera del diritto privato. L'abbreviamento dei termini per l'azione redibitoria, di cui l'art. 70 del Cod. di comm., significa un aumento di rigore per l'acquirente, ma insieme un aumento di favore per l'alienante. Fu dunque una innovazione troppo unilaterale, e l'interprete e il magistrato non devono correre troppo nel darle interpretazione estensiva ». Analoghe osservazioni furono ripetutamente fatte dagli scrittori tedeschi contro la disposizione dell'art. 347 del Cod. di comm. germanico (cfr. Ehrlich, o. c., p. 192 e segg.). Indi è che nella recente revisione ne fu limitata la portata al caso in cui la compra costituisca un atto di commercio per entrambe le parti.

commercio tanto per conto proprio che per conto altrui, nè prendere parte con responsabilità illimitata in altre società aventi lo stesso oggetto (1). Lo scopo della legge è evidente: essa vuol preservata la società da una insidiosa e sleale concorrenza. Tuttavia i soci si reputano consenzienti, se sapevano che il socio pigliava parte ad altre società o faceva operazioni nello stesso commercio per conto proprio o per conto altrui prima di stipulare il contratto, e ciò non ostante lo stipularono. Ma se così non fosse, i soci potrebbero prima tacere, salvo poi a volersi appropriare i risultati de' buoni affari conchiusi dal socio, come se fossero stati conchiusi per conto loro. (*Cod. comm.* art. 112, 113).

La stessissima *ratio* informa l'art. 357 2, conformemente al quale ciò che il mandatario fa in eccedenza del mandato ritiensi accettato dal mandante, ove questi indugi a rispondere per un tempo maggiore di quello richiesto dalla natura dell'affare o concesso dagli usi commerciali. In caso diverso, il mandante, protetto dal silenzio, potrebbe con tutta facilità speculare a spese del mandatario.

Una conferma di ciò noi la troviamo nella stessa legge, la quale, nell'ipotesi dell'art. 383, non estende

---

(1) Risc. fr. 52 § 5 *Pro socio* 17,2: « Cum duo erant argentarii socii, alter eorum aliquid separatim quaesierat, et lucri senserat: quaerebatur, an commune esse lucrum oporteret. Et Imperator Severus Flavio Felici in haec verba rescripsit: Etiam si maxime argentariae societas inita est, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quaesiit, id ad communionem non pertinere, explorati iuris est ».

l'applicabilità dell'art. 357 $_2$ a colui al quale si commetta di vendere *(Verkaufscommissionär)*, ma solo a colui al quale si commetta di comprare *(Einkaufscommissionär)*. È escluso in fatti nel primo caso che il committente possa speculare a danno del commissionario. Si decida pur tardi il committente a respingere l'operazione come non fatta per suo conto, fa tutt'uno; egli non potrà mai pretendere altro che la differenza fra il prezzo fissato e quello realmente ottenuto. Il silenzio non puó adunque qui includere alcun tranello pel commissionario. Ma se l'incarico di costui é di comprare, la cosa va altrimenti; la merce, dopo un po' di tempo potrebbe rinvilire, e quindi il committente, se gli fosse concesso, respingerebbe solo allora l'operazione come non fatta per suo conto, speculando così al ribasso a danno del commissionario. La ratifica nel secondo caso non è adunque altro, come benissimo si esprime il Vighi, che la sanzione che la legge stabilisce a priori pel caso che la parte commetta l'atto illecito di tacere ([1]).

Una caratteristica applicazione degli stessi principii ce la presenta il contratto di assicurazione. Il premio è, e dev'essere, un congruo corrispettivo del rischio; ma se il sinistro accade, il premio è un bel nulla in confronto all'entità del risarcimento. L'assicuratore è perciò giustamente liberato, quando per fatto dell'assicurato i rischi subiscano una modificazione od un aggravamento nel modo indicato dall'art. 432 *Cod. comm.*

(1) Vighi, op. c., p. 114.

(Cfr. art. 451). Ma se l'assicurato è leale, se cioè senza ritardo denuncia il cambiamento alla compagnia – alla quale la polizza riserva di regola la scelta di risolvere il contratto o di mantenerlo esigendo un aumento di premio – egli è al sicuro. L'assicuratore, alla sua volta, deve allora dichiarare se intende o meno di continuare il contratto: se tace – scrive il Vivante – il suo silenzio equivale ad una ratifica, poichè la buona fede non permette che egli possa tacere e lucrare il premio impedendo all'assicurato di assicurarsi presso un'altra compagnia col malizioso proposito d'opporgli più tardi la decadenza ([1]).

Non si può adunque non lodare il nostro legislatore d'aver fatto in guisa che la frode non possa tanto facilmente servirsi del silenzio, come del mezzo il più acconcio al conseguimento de' suoi fini. Chi scorra i non pochi casi raccolti dall'Ehrlich nel suo capitolo dedicato al silenzio, vedrà che tutti trovano nel nostro Codice una soluzione giusta e precisa. Ma anche più notevole è per noi il fatto che l'Ehrlich, giunto alla fine della sua rassegna, si domanda: « abbiamo noi da fare in tutta questa dottrina con una singolarità del diritto commerciale ? » — E così risponde: « È certo che situazioni, come quelle che qui furono descritte, si presentano esclusivamente o quasi esclusivamente nel commercio — con tutto ciò io non dubito che se esse dovessero presentarsi nella vita civile, dovrebbero essere

(1) Vivante, op. c., III, n.° 1414, p. 418.

risolute, come si fa nelle relazioni commerciali (1). In quest'indirizzo è di grande interesse, che nelle fonti si trovano parecchie decisioni di casi giuridici civili fondate su considerazioni perfettamente analoghe ». Or se è così, la conclusione non può esser che una sola: i più notevoli casi che relativamente al silenzio ci offrono le fonti hanno tanto poco di singolare, che uno studioso di diritto comparato, e tale appunto si rivela l'Ehrlich nel suo lavoro su la dichiarazione tacita di volontà, ha potuto convincersi che i Romani avrebbero deciso i casi da lui esaminati in modo non diverso da quello oggi generalmente accettato (2).

È quasi superfluo l'aggiungere che, non ostante tutte le disposizioni del Codice, i tentativi di speculazione a spese altrui non mancheranno però mai. Lo Sraffa, opponendosi al Vivante il quale trova l'art 36

---

(1) Una situazione ambigua che darebbe facilmente luogo alla frode ci par quella prevista dall'art. 286 *Cod. civ.* Se un tutore di mala fede potesse in quel caso tacere, è chiaro che ragionerebbe così: o la quitanza si trova, ed io non mi sarò compromesso per nulla; o non la si trova, ed io potrò tranquillamente ripresentare il titolo del mio credito. La legge adunque provvidamente dispone che il tutore risponda all'espressa interpellanza del notaio, quando il timore che non venga scoperta la quitanza non può che costringerlo a fare una dichiarazione rigorosamente veritiera.

(2) Ehrlich, p. 223,224. Dopo un raffronto tra' casi da lui raccolti coi due contemplati nel fr. 63 *de re iudic.* (42,1) e nel fr. 4 pr. *de doli mali et m. exc.*, (44,4), l'acuto scrittore conchiude testualmente così: « Nicht identisch aber doch im hohen Grade ähnlich sind die in den angeführten Quellenstellen in Betracht gezogenen Verhältnisse den soeben erörterten: auch hier benutzt die Partei eine unklare Situation, um je nach der nachträglichen Gestaltung derselben ihren Entschluss zu fassen. Aehnlich wie in den handelsrecht-

Cod. comm. incompatibile col principio che il silenzio possa valere come consenso, obbietta che se per principio fondamentale il silenzio potesse avere siffatto valore, la formula per nulla esclusiva dell'art. 36_1 permetterebbe di ritenere conchiuso il contratto, non appena il proponente si trovasse in grado di dire: la proposta è giunta al destinatario il quale si è trovato e si è condotto in quelle circostanze ed in quel modo per cui il silenzio è reputato consenso ([1]).

L'obbiezione è degna della mirabile acutezza di chi l'ha fatta, nè accenna punto, per quanto a noi pare, ad un caso impossibile: tant'è che si può ripresentarla in forma concreta. Un negoziante, p. es., ordina una data quantità di merci ad una Casa, e questa gli risponde: « Non possiamo servirvi, e tanto meno entro il tempo da voi fissato; ma se poteste pazientare altri

---

lichen Fällen die modernen Gerichte, behandeln auch die Quellen die betreffende Partei so, als ob sie zugestimmt hätte. Als Grund der Entscheidung wird aber nicht der Umstand angegeben, dass der stillschweigenden Partei ein Vortheil zufiel, sondern, dass er ihr mit ihrem Willen zufiel, also dass sie sich ihn durch ihr Stillschweigen angeeignet hatte. Beide Stellen (fr. 63 cit.; fr. 4 pr. cit.) heben den Aneignungswillen ausdrücklich hervor. Es lässt sich daher kaum bezweifeln, dass die Römer auch die oben angeführten handelsrechtlichen Fälle, wenn sie ihnen vorgelegen, so entschieden hätten, wie dies heute geschieht ».

(1) Sraffa, *Il silenzio nella conclus. dei contratti* nella « Giurisprudenza italiana », 1898, disp. 16, col. 357. Cfr.. Vivante op. cit. III, p. 26 e segg. Oppostosi il Bruschettini allo Sraffa, questi replicò; v. i due scritti nel *Diritto commerciale*, anno 1899. La dotta ed acuta polemica è stata ben riassunta e ripresa in esame dal Vighi op. cit., p. 93 e segg.

quindici giorni, vi provvederemmo, nel genere, di merce migliore allo stesso prezzo ». Or che abbiamo qui ? Un rifiuto della proposta accompagnato da nuova proposta. Le parti si sono invertite: il destinatario è divenuto proponente, e viceversa (*Cod. comm.* art. 37). Il resto vien da sè. Il negoziante tace; la Casa, convinta che nulla abbia da opporre a lei che s'è mostrata desiderosa di meglio assecondarne le mire, spedisce la merce al tempo proposto; il negoziante, avendo côlto nel mentre l'occasione di provvedersi altrove, mette a disposizione della Casa la merce come giunta in ritardo.

Com'è chiaro, non un terzo qui ha apprezzato l'atto tutto interno del destinatario: è stato il proponente stesso ([1]). Nè a voler procedere con criteri pratici, come appunto si deve in affari simili, nessuno avrebbe potuto formarsi una convinzione diversa da quella che si formò il proponente. Vogliamo dire che se costui non poteva aver la certezza assoluta del consenso del destinatario, doveva esserne moralmente certo. Potrebbe forse pretendersi di più ?

Prevediamo l'obbiezione. Il vostro negoziante, ci si dirà, sarà tenuto al risarcimento dei danni verso la Casa, ma non per questo si può ridurre il suo silenzio a consenso e dar così vita ad un rapporto contrattuale.

La risposta è facile. Anzitutto la legge stessa ne' non pochi casi già visti caratterizza come consenso il silenzio doloso. Non c'è adunque pericolo d'andar *contra legem*, se noi nel caso supposto facciamo altr'e tanto.

---

(1) È questa l'obbiezione più forte che siasi mossa allo **Sraffa**.

Anzi a far così ci persuade il riflesso che alla Casa può riuscire più utile o più comodo valersi dell'*a. venditi* in luogo di quella di risarcimento. In secondo luogo si può seguire la teoria della volontà, e tuttavia senza peccare d'illogica tener fermo alla dichiarazione nei casi di dolo, perchè allora la divergenza tra l'interna volontà e la dichiarazione non proviene da alcun equivoco, ma bensì dal deliberato proposito d'ingannare altrui ([1]). Nè la dichiarazione si può dire che manchi nel caso da noi supposto, perchè se il negoziante ha taciuto, s'è sempre condotto in modo da insinuare nell'animo del proponente la morale certezza della sua adesione. Finalmente sarebbe davvero assurdo che il nostro negoziante, proprio lui reo d'aperta mala fede, potesse sostenere l'inesistenza del contratto (art. 1098 *Cod. civ.*), mentre con tutta ragione si deve dire di lui con le fonti romane: « Non est ferendus, non audietur » ([2]).

Ma se tutto ciò ci sembra inoppugnabile, troviamo tuttavia naturale il dissenso in proposito tra gli scrittori. Chi tace a disegno in quella che mostra di voler entrare in un rapporto contrattuale si propone per *iscopo* d'ingannare altrui, ma il *mezzo* di cui all'uopo si vale è appunto il contratto. Laonde non si può metterne allo scoperto lo scopo senza che si delinei la responsabilità extra-contrattuale, nè in rilievo il mezzo senza che il pensiero ritorni al contratto.

---

(1) Cfr. Chironi, *Istituz. di dir. civ. it.*, I, § 57, pag. 96.
(2) Fr. 12 *de transact.* 2,15; fr. 11 § 3 *de inst. act.* 14,3.

Una prova di ció evidentissima ce l'offre la diversa interpretazione che gli scrittori dànno dell'art. 351 *Cod. comm.* Il Vivante insegna che, in virtù di quell'articolo, il silenzio del destinatario perfeziona il contratto di mandato; e così appunto espressamente dispone l'art. 323 del Cod. tedesco di commercio, con riguardo per altro a' commercianti che sono tra loro in stabile relazione d'affari. Riferendosi a' precedenti legislativi del cit. art. 351, lo Sraffa sostiene in vece che il destinatario che non risponde incorre nell'obbligo del risarcimento. Ma quando lo stesso Sraffa si fa a ricercare il fondamento dell'azione di danni da esperirsi contro il destinatario colpevole d'aver taciuto, non lo trova già, come altri s'aspetterebbe, nell'art. 1151, ma bensì negli articoli 1220, 1218 del *Codice Civile.* Il che vuol dire che se l'acuto scrittore ha insistito sul fatto illecito (o come tale riguardato dalla legge) del destinatario, non ha potuto tuttavia insistervi tanto da non fermarsi poi sul contratto ([1]).

E qui facciamo punto, ma non senza prima ricordare una causa importante decisa dalla Cassazione di Roma ([2]). Un negoziante di quella città aveva conchiuso

---

(1) Sraffa, op. c., col. 358. Cfr. Vighi, op. c., pag. 117, nota 2.

(2) Dobbiamo la notizia di questa sentenza alle *Lez.* cit. raccolte dal Ferrara, p. 169. V. anche *Cass. Firenze* 13 luglio 1891, Legge, 1891, II, 762. — Tornando qui opportuno ricordiamo che venne proprio dalla pratica l'occasione in Italia di ristudiare il nostro argomento. Un rinomato banchiere di Napoli, per suoi particolari interessi, lasciava falsificare da un suo amico la propria firma in cambiali. Il suo riposto pensiero non poteva esser che questo: o

col direttore di un'agenzia di trasporti di Genova un contratto di noleggio, perchè un suo carico di merci sur un dato piroscafo gli fosse portato a Roma. Per talune circostanze il piroscafo indicato non fu disponibile, ed allora il direttore dell'agenzia ne avvisò senza indugio il negoziante, dicendogli che intendeva sostituire quel piroscafo con un altro, e che avrebbe fatto la spedizione, salvo risposta in contrario. La risposta mancò ed il piroscafo fu fatto partire. Se non che, giunto ad Ostia col mare in tempesta, esso andò sommerso insieme col carico. Il negoziante intentò lite contro il direttore dell'agenzia, sostenendo che arbitrariamente s'era proceduto alla sostituzione del piroscafo, e chiedendo il risarcimento dei danni. Il Tribunale e la Corte d'Appello diedero ragione al negoziante; non così la Cassazione di Roma la quale ritenne che il silenzio, nel caso, valeva dichiarazione di consenso, soprattutto tenendo conto degli usi commerciali. I giudici di rinvio, però, la pensarono diversamente, e allora la Cassazione di Roma a sezioni riunite riconfermò la sua decisione, imponendola a' nuovi giudici di rinvio.

La decisione fu giustissima, ma noi crediamo che al negoziante avrebbesi potuto dire: È vero; voi

---

gli affari dell'amico vanno bene, e pagherà lui; o vanno male ed egli fallisce (come effettivamente fallì e scappò), ed io potrò sempre impugnare di falso le mie firme. Nel giudizio penale in contumacia del fallito la falsità fu dichiarata, ma nel giudizio civile, dopo lunga contesa, il banchiere fu finalmente respinto, atteso la scienza avuta della falsità e il silenzio mantenuto su di essa. *Corte d'Appello di Napoli,* 13 settembre 1886. Cfr. Persico, op. cit., p. 34,35.

non avete dato alcun consenso. Ma siccome avete taciuto per mettervi in ogni evento al sicuro, così il giusto equilibrio che deve correre tra le parti contraenti impone che il vostro silenzio sia negli effetti assimilato al consenso [1].

---

(1) Quantunque la nostra attenzione siasi fermata di preferenza sul diritto romano, tuttavia abbiamo avuto pur cura di raccogliere le disposizioni del nostro diritto positivo in rapporto più o meno diretto col nostro tema. Ma ne troviamo ancora ricordate alcune altre. Così, p. es., quelle degli articoli 234, 1429 e 1723 del *Cod. civ.* Se non che la coabitazione col padre e la convivenza col marito implicano un *insieme di fatti*, ed è pure un *fatto* quel di essere entrato in società. Anche meno importanti per lo studio degli effetti del silenzio nel diritto privato riescono le disposizioni sul silenzio tratte dal sistema processuale. Come benissimo osserva lo Sraffa (op. cit., col. 356), dati l'interrogatorio (*Cod. proc. civ.* art. 218); il giuramento (*Cod. civ.* art. 1367, *Cod. proc. civ.* art. 225); la verificazione delle scritture (*Cod. proc. civ.* art. 283); la querela di falso (*Cod. proc. civ.* art. 301), è evidente che l'*interesse pubblico* non può consentire che una delle parti in causa riesca ad impedirne il funzionamento con un'attitudine passiva. Piuttosto è bene ricordare che siccome la rinunzia ad un diritto non si può inferirla dal semplice silenzio del titolare, così l'acquiescenza implicita non può risultare che da *fatti* inconciliabili con la volontà d'impugnare la sentenza. (*Cod. proc. civ.* art. 465). V., per un esempio la c. 5 *De re iudic.* 7,52. Cfr. Cuzzeri e Mortara, in *Digesto Italiano,* voce *Acquiescenza.*